GEWINNBETEILIGUNG DES KAUFMÄNNISCHEN ANGESTELLTEN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
EINER HOHEN RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER
EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON

HERMANN HAUG
REFERENDAR IN STUTTGART

1931

GEWINNBETEILIGUNG DES KAUFMÄNNISCHEN ANGESTELLTEN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
EINER HOHEN RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER
EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON

HERMANN HAUG
REFERENDAR IN STUTTGART

1931

Dekan: Professor Dr. Lukas

Referent: Professor Dr. A. Schmidt

Tag der mündlichen Prüfung: 6. März 1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Gedächtnis meines lieben Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0078

INHALTSÜBERSICHT

§ 1. Einleitung . . . . . Seite 10
I. Der kaufmännische Angestellte.
II. Der Prinzipal.
III. Der Entstehungsgrund des Vergütungsanspruchs. Einzelvertrag und Gesamtvereinbarung.
IV. Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.

§ 2. Begriff und Arten der Gewinnbeteiligung . . . . . Seite 15
I. Der Begriff der Gewinnbeteiligung (im weiteren Sinn).
II. Die Arten der Gewinnbeteiligung.

§ 3. Die wirtschaftl. und soziale Bedeutung der Gewinnbeteiligung Seite 21
I. Soziale und wirtschaftliche Bedeutung.
II. Vorkommen der Gewinnbeteiligung. Bedeutung des Einzelvertrags und der Gesamtvereinbarung für die Gewinnbeteiligungsabrede.

§ 4. Die rechtliche Natur der Gewinnbeteiligung . . . . . Seite 23
I. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts durch Gewinnbeteiligungsvereinbarung?
II. Stille Gesellschaft des Handelsrechts durch Gewinnbeteiligungsvereinbarung?
III. Vertragsbestandteil eines Arbeitsvertrags.
IV. Entlohnungsform.

§ 5. Die rechtliche Behandlung der Gewinnbeteiligung . . . . . Seite 27
I. Fehlen einer gesetzlichen Regelung.
II. Die Berechnung des Anspruchs.
III. Wirkung teilweiser oder mangelnder Erfüllung des Arbeitsvertrags.

§ 6. Die Sicherung des Gewinnbeteiligungsanspruchs . . . . . Seite 43
I. Die Rechte zur Feststellung des Gewinnanteils.
II. Das Kontrollrecht.
III. Sonstige Rechte gegenüber dem Prinzipal zur Sicherung des Anspruchs.
IV. Rechte bei Nichterfüllung des Vergütungsanspruchs.
V. Lohnbeschlagnahmeschutz und Konkursvorrecht.

§ 7. Der Einfluß des Gewinnanteils bei Berechnung der Gehaltsgrenzen . . . . . Seite 61
I. Karenzentschädigung.
II. Vertragliches Kündigungsrecht.

§ 8. Die Gewinnbeteiligung de lege ferenda . . . . . Seite 63
I. Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.
II. Stellungnahme zur Frage der gesetzlichen Regelung der Gewinnbeteiligung.

LITERATURVERZEICHNIS

Annalen des Kgl. Sächf. Oberlandesgerichts in Dresden (Sächf. OLG).

Arbeitsgericht, das, Monatsfchrift des Arbeitsgerichtsverbands e. V.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann, Berlin.

Archiv für ziviliftifche Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin, Schmidt und Stoll, Tübingen.

Bauer's Zeitfchrift für Aktiengefellfchaften und Handelsgefellfchaften.

Baum, Georg, Das Recht des Arbeitsvertrags, Leipzig 1911.

Baum, Georg, Das Recht der Angeftellten, Berlin 1924.

Baumbach, A., Zivilprozeßordnung 5. Auflage, Berlin 1930.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (KGBl).

Bode, Karl, Die Tantième des Handlungsgehilfen, Leipzig 1908.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilfachen.

Bondi, Felix, Angeftelltentantième und Kriegsfteuer in L. Z. 1919 S. 354 ff.

v. d. Borght, R., Das Recht des Handlungsgehilfen, Berlin 1909.

Colack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage, Stuttgart 1930.

Crome, Karl, Die partiarifchen Rechtsgefchäfte nach römifchem und heutigem Reichsrecht, Freiburg 1897.

Derfch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Rechtfprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht.

Deutfche Juriftenzeitung, Berlin.

Dietz, Die Gewinnbeteiligung des Angeftellten, in L. Z. 1920, S. 782 ff., 821 ff.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgefetzbuch, I, III. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.

Eckftein, E., in L. Z. 1920 S. 379 ff.

Ehrenberg's Handbuch des gefamten Handelsrechts, Leipzig 1913 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, 10.—11. Bearbeitung, Marburg 1926/7.

Entfcheidungen des Reichsarbeitsgerichts (RAG).

Entfcheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Mannheim 1926 ff. (Bensh. RAG bezw. LAG).

Entfcheidungen des Reichsgerichts in Zivilfachen (RG).

Entfcheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG)

Falckenthal, A., Die Gewinnbeteiligung der Arbeiter am Ertrage wirtfchaftlicher Unternehmungen, Greifswald 1921.

Fuld, Ludwig, Das Recht des Handlungsgehilfen, Hannover 1897.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsfchrift des Verbandes Deutfcher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, fortgefetzt im Arbeitsgericht (GKG).

Gierke, Julius von, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1926, 3. Auflage 1929.

Gierke, Otto von, Deutfches Privatrecht. Band III, München und Leipzig 1917.

Goldmann, S., Kommentar zum Handelsgefetzbuch, Berlin 1901.

Greiner, Max, Die Aktiengefellfchaft mit Beteiligung der Arbeitnehmer, Bern und Leipzig 1929.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutfchen Rechts, begründet von Gruchot.

Gruner, E., Die Arbeitergewinnbeteiligung, Berlin 1919.

Haafe, Der Handlungsgehilfe und fein Chef, 2. Auflage, Berlin 1896.

Höchftrichterliche Rechtfprechung, Beilage der Juriftifchen Rundfchau.

Höniger, Heinrich, Die gemifchten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910.

Höniger-Schultz-Wehrle, Jahrbuch des Arbeitsrechts.
Holdheims Monatsschrift.
Holz, F., Prinzipal und Handlungsgehilfe im neuen Handelsgesetzbuch, Mannheim 1898.
Horrwitz, Hugo, Das Recht des Handlungsgehilfen, 2. Auflage, Berlin 1905.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 2. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
Jäger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. I, 5. Aufl. Berlin 1916.
Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin.
Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
Juristische Wochenschrift.
Kallée-Gros, Taschenbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Stuttgart 1928.
Kaskel, Walter, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Berlin 1928.
Keilpflug, Erich, Die Tantièmeberechnung in der neueren Rechtsprechung und Literatur, Erlangen 1917.
Könige-Teichmann-Köhler, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929.
Kreller, Hans, Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in Arch. für Ziv. Prax. N. F. II, 1 ff., III 263 ff., V 1 ff.
Lautner, Das Recht des Kaufmannsgehilfen, Handbuch des D. H. V. Hamburg 1926.
Lautner, J. G., Geltendes und künftiges Angestellten-Vertragsrecht, I Graz 1927.
Lehmann, Ludwig, Der commis interessé, insbesondere verglichen mit dem stillen Gesellschafter, Regensburg 1912.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1902.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (L. Z.).
Lindmar, Theodor, Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Gewinn und Kapital wirtschaftlicher Unternehmungen, Halle 1924.
Lipinski, Rudolf, Der Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen, Leipzig 1900.
Lippert, Julius, Der Gewinnbeteiligungsgedanke und seine Grundlagen, Berlin 1922.
Lotmar, Philipp, Der Arbeitsvertrag nach dem Vertragsrecht des Deutschen Reichs, Leipzig 1902 und 1908.
Makower, H., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. (1.) Auflage, Berlin 1898.
Michels, Die Ansprüche des am Geschäftsgewinn anteilsberechtigten Handlungsgehilfen und ihre Verjährung, im Recht 1912, S. 617 ff.
Müller-Erzbach, Das Deutsche Handelsrecht I, 3. Auflage, Tübingen 1928.
Mugdan u. Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLGR), fortgesetzt in „Höchstrichterliche Rechtsprechung".
Nadel, Walther, Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer, Freiburg 1923.
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht,
Neumann's Jahrbuch des Deutschen Rechts.
Niepoth, Fritz, Die Gewinnbeteiligung des Handlungsgehilfen, Alsfeld 1919.
Nikisch, Arthur, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926.
Oertmann, Paul, Der Arbeitslohn, Berlin 1921.
Oertmann, Paul, Das Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß des Rechts der Arbeitskämpfe, Berlin 1923.
Planck'scher Kommentar zum BGB. 4. Auflage, Berlin 1913 ff.
Pollmann, Heinrich, Über die Tantième, Erlangen 1912.
Potthoff-Jadesohn-Meisinger, Rechtsprechung des Arbeitsrechts 1914/27.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel.
Rechtsprechung in Arbeitssachen, grundsätzliche Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte. Herausgegeben von Volkmar, Feig, Wagemann, Harmening, Berlin 1927 (Arb. Rspr.).
Referate von Kaskel u. Ehrenzweig a. d. 32. deutschen Juristentag, RABL. 1921, 1027 ff.

Reichsarbeitsblatt (RABl).

Richter Lutz, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, Leipzig 1923.

Rosenberg, Leo. Die Beweislast auf der Grundlage des BGB und der ZPO, Berlin 1923.

Rüdiger, Karl, Die Vergütung des Handlungsgehilfen nach dem Handelsgesetzbuch, Leipzig 1909.

Sächs. Archiv für Rechtspflege.

Schlink, Karl, Über den Stand der Beteiligung der Arbeitnehmer am Reingewinn eines wirtschaftlichen Unternehmens unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in Deutschland, Königsberg 1925.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.

Silberschmidt, W., Das deutsche Arbeitsrecht I, München, Berlin, Leipzig 1926.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl. Berlin, Leipzig 1926, I u. II.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1925 ff. I u. II.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 14. Auflage. Tübingen 1928/29.

Steinkopf, Wilhelm, Über die Tantième. Leipzig 1901.

Titze in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts II, 2 (als Sonderdruck: Das kaufmännische Hilfspersonal), Leipzig 1918, S. 545 ff.

Trost, Erich, Die Vergütung des gewinnbeteiligten Handlungsgehilfen, Greifswald 1915.

Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Wendlandt, Die Umsatz-, Gewinn- und Kapitalbeteiligung der Arbeitnehmer in Handel und Industrie, Berlin 1922.

Wölbling-Neumann-Schultz, Arbeitsrechtliche Entscheidungen des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts Berlin.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, gegründet von L. Goldschmidt (ZHR).

Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis.

§ 1 Einleitung.

Es würde den Rahmen der geplanten Darſtellung überſchreiten, auf die Stellung des kaufmänniſchen Angeſtellten gegenüber ſeinem Arbeitgeber näher einzugehen, als es durch die Frage nach deſſen Vergütungspflicht und den dem Angeſtellten hieraus erwachſenden Rechten erforderlich erſcheint. Doch iſt im Intereſſe der ganzen Arbeit ein Voranſtellen der vorkommenden Begriffe geboten. Während das ADHGB einer Begriffsbeſtimmung des kaufmänniſchen Angeſtellten entbehrte, enthält § 59 HGB eine ſolche: „Wer in einem Handelsgewerbe zur Leiſtung kaufmänniſcher Dienſte gegen Entgelt angeſtellt iſt", der iſt Handlungsgehilfe. Kaufmänniſcher Angeſtellter iſt alſo nur, wer die 4 geſetzlich vorgeſchriebenen Begriffsmerkmale erfüllt, nicht jeder Angeſtellte eines Kaufmanns [1]).

Vorliegen muß eine Anſtellung, ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, auf Grund deſſen der Angeſtellte dem geſchäftlichen Organismus ſeines Arbeitgebers eingeordnet wird [2]). Dieſes charakteriſiert ſich als Dienſtvertrag im Sinn der §§ 611 ff. BGB, denn geſchuldet wird nicht der Erfolg der Arbeit, ſondern dieſe ſelbſt; Kennzeichen iſt das Subordinationsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber, kraft deſſen dieſer auch Beſtimmungen über die Art der zu leiſtenden Arbeit und die Tätigkeit im einzelnen treffen kann [3]). Als Gegenleiſtung muß dem Angeſtellten ein Entgelt zugeſichert ſein, ein wirtſchaftliches Äquivalent ſeiner Arbeitsleiſtung, das meiſt in Geld oder Geldwert beſteht. Doch ſind die verſchiedenſten Arten des Entgelts möglich [4]). Liegen im übrigen die geſetzlichen Begriffsmerkmale vor, ſind jedoch die Dienſte unentgeltlich zugeſichert, oder ergibt ſich ein ſolches aus den Umſtänden des Vertragsſchluſſes, ſo iſt der betreffende „Angeſtellte" kein kaufmänniſcher Angeſtellter im Sinne des Geſetzes [5]).

Die Anſtellung muß in einem Handelsgewerbe erfolgt ſein. Wer zwar kaufmänniſche Dienſte leiſtet, aber nicht bei einem Kaufmann angeſtellt iſt, fällt nicht unter die §§ 59 ff. HGB [6]), ſo nahe an ſich eine Anwendung dieſer Vorſchriften liegen würde. Darüber, wann ein Handelsgewerbe vorliegt, gibt das Handelsgeſetzbuch genaue Beſtimmungen in den §§ 1 Abſ. 2 und 2 [7]). Die Beſtimmungen der §§ 59 ff. HGB können ſich

[1]) Titze in Ehrenbergs Handbuch des geſamten Handelsrechts II, 2 S. 565. Staub Anm. 15 ff. zu § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 3 ff. zu § 59. Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2 zu § 59. Gierke HR S. 104/105. Coſack S. 196/197. Müller-Erzbach I S. 144.

[2]) Staub Anm. 8 zu § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 12 zu § 59, Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2b zu § 59. Titze a. a. O. S. 560. Coſack S. 197. Müller-Erzbach I S. 144.

[3]) Staub Anm. 8 zu § 59. Titze a. a. O. S. 551. Anders und allgemeiner faßt Nikiſch S. 113 ff. den Begriff des Anſtellungsvertrags.

[4]) Vergl. Staub Anm. 33 zu § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 11 zu § 59. Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2c zu § 59. Titze a. a. O. S. 596/631. Coſack S. 197.

[5]) Vergl. Staub Anm. 10 zu § 59. Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 59 Anm. 4. Anm. 11 zu § 59. Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2c zu § 59. Titze a. a. O. S. 567.

[6]) Staub Anm. 11 zu § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 5 ff. zu § 59. Titze a. a. O. S. 590. Dort auch Beiſpiele. Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2a zu § 59. Gierke HR S. 104. Coſack S. 197/198. Müller-Erzbach I, S. 144.

[7]) Vergl. dazu Staub Anm. 31 ff. zu § 1, Anm. zu § 2. Düringer-Hachenburg Anm. 3 ff. zu § 1. Anm. 3 ff. zu § 2. Ehrenberg I, 1 S. 24 ff. Coſack S. 9 ff.

aber nach dem Sinn des Gesetzes nicht auf eine Anstellung im Handelsgewerbe im Sinn der §§ 1 Abs. 2 und 2 HGB beschränken. Die ratio legis ist offenkundig die, hier Rechtssätze festzulegen für das kaufmännische Personal „desjenigen, der die Rechte und Pflichten eines Kaufmanns hat". Diese treffen aber ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die als Formkaufleute bezeichneten Personenvereinigungen des Handelsrechts: Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sowie Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit[1]) und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften[2]). Das Unternehmen des Formkaufmanns ist, auch wenn es kein Handelsgewerbe ist, doch im Sinne des Gesetzes als solches anzusehen. Daher sind auch die „zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt" bei einem dieser Formkaufleute Angestellten kaufmännische Angestellte und den §§ 59 ff. HGB unterworfen, selbst wenn der Gewerbebetrieb dieser Formkaufleute kein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 Abs. 2, 2 HGB ist. Es ist gleichgültig, ob der Arbeitgeber die Kaufmannseigenschaft deswegen besitzt, weil er eines der Grundhandelsgeschäfte betreibt, weil er seine Firma nach §§ 2, 3 HGB ins Handelsregister eintragen ließ, oder weil er kraft Gesetzes die Kaufmannseigenschaft besitzt. Gleichgültig ist auch, ob er Voll- oder Minderkaufmann ist[3]).

Die Anstellung muß endlich zur Leistung kaufmännischer Dienste erfolgt sein, mindestens müssen diese vorwiegend die Verpflichtung des Angestellten bilden. Die Natur der Dienstleistungen, zu denen sich der Angestellte vertraglich verpflichtet hat, ist entscheidend für seine Stellung, nicht etwa der Name, den die Vertragsparteien den Diensten bezw. dem Angestellten im Vertrag beigelegt haben. Was unter kaufmännischen Diensten zu verstehen ist, ist ganz allgemein streitig, und zudem bereitet die Abgrenzung im Einzelfall noch erhöhte Schwierigkeiten. Staub[4]) stellt auf die „kaufmännische Signatur der Tätigkeit" ab und bezeichnet demnach als kaufmännische Dienste solche, die vermöge der besonderen Schulung und Fertigkeit, die sie voraussetzen, von der Verkehrssitte als kaufmännische im herkömmlichen Sinn angesehen werden. Ebenso die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts[5]). Titze[6]) bemerkt hiezu mit Recht, daß damit eigentlich die Frage nur verschoben sei, da alsdann untersucht werden müsse, „was unter »kaufmännischer Signatur« zu verstehen ist, bezw. in welchen Fällen und aus welchen Gründen die Verkehrssitte Dienste als kaufmännische oder nicht kaufmännische bezeichnet". Mit ihm ist bei der Bestimmung dessen, was die Verkehrssitte als kaufmännisch zu bezeichnen pflegt, vom historischen Kaufmannsbegriff auszugehen: Kaufmann war ursprünglich derjenige, der Waren kaufte, um sie mit Gewinn wieder zu verkaufen, für dessen Geschäftsbetrieb sich eine besondere Form, insbesondere in Bezug auf Kassen-

[1]) § 16 VUG.
[2]) § 17 Abs. 2 Gen. Ges.
[3]) Vergl. zu dieser Frage Titze a. a. O. S. 590/91; ferner Staub Anm. 11 zu § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 2 und 3 zu § 59 und Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2 a zu § 59. Bezüglich der Angestellten von Minderkaufleuten und derer der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.
[4]) Anm. 13 zu § 59 HGB. Ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 5 zu § 59. Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2d zu § 59. Cosack S. 197.
[5]) ROHG 17 S. 309, RG in LZ 09 S. 236. Ebenso OLGR 10 S. 135 u. 150. Vergl. auch Bensh. VI. RAG Nr. 591.
[6]) A. a. O. S. 574ff. In der Begriffsbestimmung ebenso Gierke, HR S. 104.

und Korrespondenzwesen, Buchführung, Bilanz- und Inventarerrichtung herausbildete. Als kaufmännische ist daher die Tätigkeit zu bezeichnen, die sich mit den genannten Besonderheiten des Geschäftsbetriebs befaßt. Dazu muß aber als weiteres Merkmal kommen, daß diese Dienste nicht rein mechanischer Art sind, sondern eine gewisse Selbständigkeit der Vornahme und eine hierauf bezügliche gründliche Ausbildung erfordern. Daß bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen des Lebens trotzdem Grenzfälle bestehen bleiben, läßt sich nicht vermeiden. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, klarzustellen, wer im konkreten Fall als kaufmännischer Angestellter anzusehen ist und wie in Zweifelsfällen Rechtsprechung und Literatur entscheiden[1]). Hier genügt eine Klarstellung der wesentlichen Merkmale.

Für die andere Vertragspartei fehlt es im Gegensatz zum ADHGB[2]) an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung. Eine solche läßt sich auch nicht einheitlich und allgemeingültig treffen: die handelsübliche Bezeichnung des Kaufmanns im Verhältnis zu seinem Personal ist Chef oder Prinzipal. Dieses letzteren Ausdrucks bedient sich auch das Gesetz für das innere Rechtsverhältnis zwischen dem Chef und seinen Untergebenen; wo es sich um die Wirkungen dieses Verhältnisses nach außen handelt, wird er als Inhaber des Handelsgeschäfts bezeichnet[3]). Doch wird auch der Ausdruck Prinzipal vom Gesetz nicht gegenüber allen Untergebenen gebraucht, sondern nur gegenüber den „kaufmännischen Angestellten“[4]), während er mit Beziehung auf die Lehrlinge als Lehrherr bezeichnet wird: diese Unterscheidung dient aber nur zur Kennzeichnung der verschiedenen Rechte und Pflichten des Prinzipals gegenüber den einzelnen Gruppen seines Personals. Gemeint ist mit dem Ausdruck Prinzipal, wie sich aus dem gesetzlichen Sprachgebrauch zunächst ergibt, der „Kaufmann in seiner Eigenschaft als Dienstberechtigter“, als Inhaber des Handelsgeschäftes. Seine Eigenschaft als Prinzipal ist hier an seine Kaufmanns- und Gläubigerqualität geknüpft ohne Rücksicht auf die Möglichkeit der Handhabung der aus dem Dienstvertrag sich für ihn ergebenden Rechte. Diesen Prinzipalbegriff bezeichnet daher Titze[5]) als den abstrakten und stellt ihm einen konkreten gegenüber, soweit es sich um die Fähigkeit zur tatsächlichen Ausübung der aus dem Dienstverhältnis sich ergebenden Herrschaftsrechte handelt[6]). In dieser letzteren Eigenschaft scheidet der Prinzipal für unsere Abhandlung aus, da wir es hier nur mit dem Schuldner des Vergütungsanspruchs zu tun haben und dieser immer der abstrakte Prinzipal im Titzeschen Sinn ist. Denn der Vertrag berechtigt und verpflichtet immer den Kaufmann im Sinn der gesetzlichen Bestimmungen, ohne Rücksicht darauf, ob er Rechte und Pflichten selbst ausübt und selbst ausüben kann.

---

[1]) Bezüglich Einzelheiten vergl. insbesondere Titze a. a. O. S. 574—589. Staub Anm. 14 und 14 a zu § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 6 zu § 59. Von neueren Entscheidungen: RAG. 5 S. 151 ff., Bensh. IX RAG 385, J. W. 1930 S. 440 Nr. 19 und Seite 2732 Nr. 6.

[2]) Art. 41 ADHGB.

[3]) §§ 48—58 HGB.

[4]) §§ 60—75 f. HGB.

[5]) A. a. O. S. 549, ebenso Staub Anm. 7 zu § 59. Ähnlich Düringer-Hachenburg Anm. 1 zu § 59.

[6]) Titze a. a. O. S. 551 ff., ebenso Staub Anm. 7 zu § 59. Ähnlich Düringer-Hachenburg Anm. 1 zu § 59.

Der Anſtellungsvertrag erzeugt zwiſchen den Parteien beiderſeitige Rechte und Pflichten[1]), von denen die vornehmſte Pflicht auf Seiten des Angeſtellten die zur Leiſtung der zugeſagten Dienſte, das vornehmſte Recht des Prinzipals der Anſpruch auf dieſe Dienſte iſt. Dem ſteht als wichtigſte Pflicht des Prinzipals die zur Leiſtung der verſprochenen Vergütung, als wichtigſtes Recht des Angeſtellten der Anſpruch auf dieſe gegenüber[2]). Von den ſonſtigen, durch den Vertrag begründeten Rechten und Pflichten kann hier abgeſehen werden. Entſtehungsgrund des Vergütungsanſpruchs des Angeſtellten iſt alſo der Vertrag mit dem Prinzipal. § 59 HGB hat entſprechend dem zu ſeiner Entſtehungszeit herrſchenden Standpunkt den Grundſatz der Vertragsfreiheit ausgeſprochen[3]). Einer der Hauptgrundzüge des modernen Arbeitsrechts iſt jedoch die weitgehende Ausſchaltung der freien Parteivereinbarung, einerſeits zum Schutz des Angeſtellten, überhaupt jedes Arbeitnehmers, deſſen Arbeitskraft vielfach ſeine einzige Einnahmequelle iſt, die entſprechenden Schutzes zu ihrer Erhaltung bedarf, andererſeits, weil der Inhalt der Verpflichtung typiſiert wird und daher einer jedesmaligen Vereinbarung nicht mehr bedarf. Der Vertragsabſchluß ſelbſt iſt wohl ein freier, dagegen erfolgt die Beſtimmung des Vertragsinhalts (der beiderſeitigen Rechte und Pflichten) in der verſchiedenſten Art und Weiſe. An erſter Stelle ſtehen die zwingenden Geſetzesbeſtimmungen, während die dispoſitiven nur inſofern Bedeutung haben, als die Parteien nicht anderweitige Vereinbarungen getroffen haben. Daneben wirken beſtimmend für den Vertragsinhalt das Direktionsrecht des Arbeitgebers[4]), die Normativbeſtimmungen evtl. in Frage kommender Tarifverträge, ſolche von Betriebsvereinbarungen und Arbeitsordnungen[5]). Dadurch iſt die Vertragsfreiheit bezüglich der Beſtimmung des Vertragsinhalts praktiſch weitgehend ausgeſchloſſen. Insbeſondere findet die Vereinbarung über die Art und Höhe der Vergütung heute überwiegend nicht im Einzelvertrag, ſondern in einer Geſamtvereinbarung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmer- (Angeſtellten-) Vereinigungen ſtatt, deren normative Beſtimmungen Beſtandteil des einzelnen Anſtellungsvertrags durch deſſen Abſchluß werden[6]). Nur in Sonderfällen, insbeſondere bei höheren Angeſtellten mit übertariflicher Bezahlung wird die Frage der Vergütung beim Abſchluß des Einzelvertrags geregelt[6]) und nicht auf den Inhalt des in Frage kommenden Tarifvertrags Bezug genommen oder doch nur inſoweit, als der Bruchteil beſtimmt wird, um den die vereinbarte Vergütung die tarifmäßige überſteigen ſoll. Auf Einzelheiten iſt hier nicht einzugehen, es muß genügen, die verſchiedenen Möglichkeiten gezeigt zu haben. Wegen der Verhältniſſe ſpeziell bei der Gewinnbeteiligung des kaufmänniſchen Angeſtellten vgl. § 3 II der Arbeit[7]).

Während das geltende Recht, wie der oben dargelegte Begriff des kaufmänniſchen Angeſtellten und die verſchiedenen Sonderregelungen der

---

[1]) Vergl. Silberſchmidt S. 98: Das Entgelt iſt das Synallagma der Arbeit, nicht eine nur in Bezug auf dieſe gemachte unentgeltliche Zuwendung.
[2]) Vergl. u. a. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 1 zu § 611.
[3]) Ebenſo § 105 Gew. O. Jetzt RV Art. 152.
[4]) Vergl. oben S. 10 bei Anm. 2.
[5]) Wegen der Einzelheiten vergl. Nipperdey bei Staudinger, Vorbemerkungen VIII vor § 611; dort unter 7. eine Rangordnung der Beſtimmungsgründe des Arbeitsvertrags.
[6]) Staub Anm. 33 zu § 59 und Vorbemerkungen vor § 59. Düringer-Hachenburg Anm. 23 vor § 59.
[7]) S. unten S. 22 der Arbeit.

§§ 59 ff HGB, 133 ff Gew. O, 611 ff, 675 BGB u. a. m. beweiſen, eine weitgehende Unterſcheidung und zum Teil auch eine verſchiedene rechtliche Behandlung der einzelnen Angeſtelltenkategorien trifft, läßt der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgeſetzes[1]) dieſe Unterſcheidung fallen und bezeichnet in § 2 Abſ. 2 als Angeſtellte ſolche Arbeitnehmer, die überwiegend höhere oder kaufmänniſche oder büromäßige Arbeit leiſten. Dieſer Vorſchlag wird der Tatſache gerecht, daß alle diejenigen, die man heute als Angeſtellte bezeichnet, der Rechtsordnung ein und dieſelben Probleme ſtellen und daher auch eine gleichmäßige rechtliche Behandlung verdienen. Insbeſondere ſind die vielfach ganz geringfügigen Unterſchiede der rechtlichen Regelung heute nicht mehr verſtändlich und nur hiſtorich dadurch zu erklären, daß jedes Rechtsgebiet bei Hervortreten eines Bedürfniſſes für ſich geregelt wurde, ohne die Einheitlichkeit der Probleme zu erkennen und auf eine Vereinfachung des Rechts hinzuwirken. Selbſt dieſe Aufſtellung eines beſonderen Angeſtelltenbegriffs findet nicht allgemeine Billigung, da der Angeſtellte, ſogar der in leitender Stellung, gegenüber jedem anderen Arbeitnehmer keines umfangreichen Sondervertragsrechts bedürfe, ſondern ſeiner Sonderſtellung durch entſprechende Regelung bei Betriebsvertretungsrecht, Sozialverſicherungsrecht und Arbeitsſchutzrecht Genüge geſchehen könne[2]).

De lege ferenda wird alſo den Beſtimmungen der §§ 59 ff. HGB ihre Bedeutung genommen[3]); es bedürfte dann ſtatt einer einleitenden Begriffsbeſtimmung des „Handlungsgehilfen" einer allgemeinen des Angeſtellten im Sinne des § 2 Abſ. 2 Entw. AVG. Auch heute ſchon gilt ja das, was in der vorliegenden Arbeit über die Stellung des kaufmänniſchen Angeſtellten geſagt wird, in weitgehendem Maße auch vom gewerblichen Angeſtellten[4]), nur iſt die geſetzliche Regelung für beide Kategorien bisher unterblieben. Eben dieſe Gleichheit der Probleme, die Allgemeinbedeutung der zu erörternden Fragen gibt dieſer unſerer Arbeit ihre Berechtigung, wenn ſie ſich auch nur auf einen Ausſchnitt des Gebiets beſchränkt. Zudem iſt darauf hinzuweiſen, daß der Entwurf in abſehbarer Zeit nicht Geſetz zu werden ſcheint. Die in Geltung befindliche geſetzliche Regelung oder beſſer geſagt Lücke und die im Anſchluß daran entſtandenen, von Wiſſenſchaft und Praxis beſprochenen und zum Teil entſchiedenen Streitfragen behalten alſo weiter ihre Bedeutung. Es wird aber auch zu der Regelung des Entwurfs, der ja einige Beſtimmungen über die Gewinnbeteiligungen enthält[5]), Stellung zu nehmen und die durch ihn hervorgerufene Kritik zu würdigen ſein, ſoweit ſie ſich auf das ſpezielle Gebiet dieſer Arbeit bezieht.

---

[1]) RABl. 1923 amtlicher Teil S. 498 ff., vergl. auch 28. Sonderheft zum RABl.

[2]) Kreller, AZPr. NF II S. 9/10.

[3]) Über das Verhältnis der Beſtimmungen des Entwurfs zum BGB. Molitor RABl. 1924, nicht amtlicher Teil S. 79 ff.

[4]) Vgl. die Entſcheidungen RG J. W. 1921 S. 339 .. : NZfA 1921 S. 166, die die Grundſätze der Gewinnbeteiligung beim kaufmänniſchen Angeſtellten auf techniſche Angeſtellte anwendet.

[5]) Vgl. §§ 58—60 EAVG.

§ 2 Begriff und Arten der Gewinnbeteiligung.

I. Es ſoll im Rahmen der Aufgabe zunächſt eine allgemeine Charakteriſierung der Gewinnbeteiligung erfolgen, ohne auf die Merkmale der einzelnen Arten der Gewinnbeteiligung abzuſtellen. Alsdann werden die verſchiedenen Arten der Gewinnbeteiligung dargeſtellt (unter II)[1]. Insbeſondere wird dabei die als unmittelbare Gewinnbeteiligung im engeren Sinne bezeichnete Tantième einer genauen Begriffsbeſtimmung unterzogen werden müſſen, da ſie die weitaus überwiegende Form der Gewinnbeteiligung des kaufmänniſchen Angeſtellten iſt und ſomit als Grundlage der Arbeit dienen ſoll.

Von Beteiligung am Gewinn eines Unternehmens — es kann hier vom ſpeziell kaufmänniſchen Unternehmen Abſtand genommen werden, da dieſe Kennzeichnung allgemein gilt — ſpricht man dann, wenn eine Perſon Anſpruch auf einen Teil des Gewinnes hat, den das Unternehmen abwirft. Es iſt abſichtlich zunächſt davon abgeſehen, ob der Grund der Beteiligung am Gewinn der einer ſolchen an der wirtſchaftlichen Grundlage des Unternehmens iſt oder ein anderer. Ebenſo iſt davon Abſtand genommen, die Gewinnbeteiligung als ſolche am Gewinn eines beſtimmten Zeitraums zu bezeichnen, da es ſehr wohl denkbar iſt, daß ein Unternehmen ſeinen Gewinn an die Berechtigten erſt mit der Liquidation ausſchütten ſoll. Ja man kann weitergehend ſagen, daß es nicht einmal eines rechtlichen Anſpruchs bedarf, ſondern eine Gewinnbeteiligung auch ſchon vorliegen kann, wenn die betreffende Perſon de facto aus irgend welchen Gründen am Gewinn des Unternehmens teil hat. Andererſeits ſchließt die Formulierung jedoch den Fall aus, daß eine Perſon nur an dem Gewinn eines einzelnen oder einzelner Geſchäfte des Unternehmens beteiligt iſt[2].

II. Es leuchtet ein, daß eine derartig allgemeine Faſſung die verſchiedenſten Möglichkeiten juriſtiſcher Einordnung zuläßt, daher in dieſer allgemeinen Form nicht verwertbar iſt. Hiezu bedarf es einer Feſtlegung der einzelnen Arten der Beteiligung am Gewinn. Je nach der Betonung des einen oder anderen Unterſcheidungsmerkmals entſtehen verſchiedene Gruppen, die miteinander verglichen, wieder teilweiſe dieſelben Merkmale aufweiſen, alſo geometriſch geſprochen ſich ſchneidende Kreiſe bilden. — Das eine der Hauptunterſcheidungsmerkmale iſt, ob die Gewinnbeteiligung eine unmittelbare iſt oder eine mittelbare, bedingt durch eine Beteiligung am Kapital des betreffenden Unternehmens. Es iſt denkbar, daß die Beteiligung am Gewinn des Unternehmens eine ſolche an ſeiner wirtſchaftlichen Baſis zur Vorausſetzung hat und dies wiederum iſt in verſchiedener Weiſe möglich. Der Anſpruch des Gewinnbeteiligten kann darauf beruhen, daß er Darlehensgläubiger des Unternehmens iſt und die Gewinnbeteiligung ihm an Stelle einer Verzinſung ſeines Darlehens[3] oder neben dieſer als beſondere Vergütung oder auch Riſikoprämie für die Hingabe des Darlehens gewährt wird. Juriſtiſch liegt ein Darlehensvertrag vor, der nur durch die Beſonderheit der ſogenannten partiariſchen Abrede gekennzeichnet wird. Die etwaige Stellung des Darlehensgläu-

[1]) Vergl. zu dieſer Frage der Gewinnbeteiligungsarten Walther Nadel, Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer, Juriſt. Diſſ. Freiburg 1923. Er unterſucht ihre juriſtiſche Struktur und gibt eine von der unſeren allerdings abweichende Einteilung.

[2]) Darüber unten II, Seite 18 f.

[3]) Crome S. 365 ff., insbeſ. 374. Höninger, Miſchverträge, S. 272 ff.

bigers als Angeſtellter des Darlehensſchuldners iſt für den Darlehensvertrag unbeachtlich, der daneben beſtehende Dienſtvertrag iſt juriſtiſch durchaus ſelbſtändig. Mit anderen Worten: Die Beteiligung des Gläubigers am Gewinn iſt unabhängig von der Stellung als Arbeitnehmer und hat nicht hierin ihren Grund. Das tatſächliche Nebeneinander der beiden Verträge bietet juriſtiſch keine Beſonderheiten. Denkbar iſt natürlich, daß dieſe beiden Verträge nach dem Willen der Parteien derartig miteinander verbunden werden, daß der eine nicht ohne den anderen gewollt erſcheint.

Anders iſt die rechtliche Geſtaltung, wenn der Grund der Gewinnbeteiligung darin zu ſuchen iſt, daß der Beteiligte Mitglied einer Geſellſchaft oder eines Vereins iſt. Zwar iſt auch hier denkbar, daß die Stellung als Angeſtellter und diejenigen als Geſellſchafter oder Aktionär voneinander durchaus unabhängig ſind und auch ſein ſollen, wenn etwa der ſtille Geſellſchafter zugleich Angeſtellter in dem Geſchäft iſt, deſſen ſtiller Geſellſchafter er iſt[1]), oder der Angeſtellte einer Aktiengeſellſchaft Aktien derſelben, der Geſchäftsführer einer Geſellſchaft m. b. H. Geſchäftsanteile dieſer beſitzt. Dann hat ſeine Stellung als Angeſtellter nichts mit derjenigen als Geſellſchafter oder Mitglied zu tun; die Beteiligung am Gewinn des Unternehmens beruht auf der letzteren wie bei allen anderen Geſellſchaftern oder Mitgliedern, die nicht zugleich Angeſtellte des Unternehmens ſind. Es iſt aber auch denkbar, daß Arbeitnehmerſtellung und Mitgliederſtellung voneinander abhängig ſein ſollen, daß der Angeſtellte nur deshalb Aktionär iſt, weil er Angeſtellter iſt. Ausgedehnte moderne ſozialpolitiſche und arbeitsrechtliche Beſtrebungen gehen dahin, durch Schaffung von Unternehmungsformen, bei denen der Arbeitnehmer am Unternehmen beteiligt iſt, deſſen Stellung zu verändern und eine Art „Arbeitsgeſellſchaft“[2]) zwiſchen dem Unternehmer und Arbeitnehmer zu ſchaffen. Hauptſächlich finden ſich dieſe Beſtrebungen zu Gunſten der gewerblichen Arbeiter und werden gekennzeichnet durch die Stichworte „Arbeiteraktie“, „Kleinaktie“, „Arbeitsaktie“[3]). Feſtzuſtellen iſt, daß der Arbeitnehmer hier Mitgliederſtellung erwerben ſoll, ſei es auf Grund von im Betrieb geleiſteter Arbeit[4]), die durch Fiktion einer Kapitalbeteiligung gleichgeſetzt werden ſoll, ſei es auf Grund einer Kapitaleinlage. Die Teilnahme am Gewinn erfolgt hier immer nach Maßgabe der Kapitaleinlage, nicht der Arbeit, wenn auch die Arbeitnehmerſtellung Beweggrund der Beteiligung an Kapital und Gewinn iſt[5]). Das Ziel dieſer Beſtrebung richtet ſich in erſter Linie gegen den Aufbau unſeres heutigen Geſellſchaftsrechts und verſucht dieſes umzugeſtalten und von ſeinen urſprünglichen Grundgedanken zu entfernen.

Dagegen kann man von unmittelbarer Gewinnbeteiligung dann ſprechen, wenn dieſe Zwiſchenglieder der Kapitalhingabe fehlen und die Gewinnbeteiligung eine Art des Arbeitslohns, eine Vergütungsmethode im Gegenſatz zur Unternehmungsform darſtellt, die dem Arbeitnehmer durch vertragliche Vereinbarung einen Teil am evtl. Gewinn des Unternehmens

[1]) Etwa im Fall der ſogenannten Intereſſeneinlage, die vielfach dieſe rechtliche Ausgeſtaltung als Miſchvertrag haben wird. Allerdings iſt ſie auch in der Weiſe denkbar, daß ein Dienſt- und ein Darlehensvertrag ſelbſtändig nebeneinanderſtehen.

[2]) Oertmann, AL S. 44.

[3]) Vergl. die Referate von Kaskel und Ehrenzweig auf dem 32. Deutſchen Juriſtentag in Bamberg, ſowie Ehrenzweig im RABl. 1921, nicht amtlicher Teil S. 1027, 1032.

[4]) A. A. Nadel S. 25 ff.

[5]) Vergl. hiezu Nadel S. 57 ff.

zuſichert. Hier erfolgt die Beteiligung am Gewinn auf Grund der für das Unternehmen geleiſteten Arbeit, ohne daß im übrigen die Stellung des Arbeitnehmers geändert wird. Die wirtſchaftliche und rechtliche Natur der Unternehmen wird nicht geändert, der Angeſtellte iſt nur als Vergütung für ſeine Arbeitsleiſtung am Gewinn beteiligt, ohne im übrigen irgend welchen Einfluß auf das Unternehmen zu haben. Wir werden uns hiermit unten näher zu befaſſen haben [1]).

Eine andere Unterſcheidungsmöglichkeit iſt diejenige nach Einzelbeteiligung und Kollektivbeteiligung. Einzelbeteiligung liegt dann vor, wenn der einzelne Angeſtellte einen vertragsmäßigen Anſpruch auf einen gewiſſen Teil des Gewinnes hat [1]). Einzelbeteiligung liegt aber auch dann vor, wenn bezugsberechtigt zunächſt nur die „Arbeitnehmerſchaft" als ſolche iſt [2]), dieſe aber die Verpflichtung zur Verteilung an den einzelnen Arbeitnehmer trifft. Dagegen ſieht das erwähnte franzöſiſche Geſetz eine Kollektivbeteiligung vor, indem es vorſchreibt, daß der auf die Arbeitnehmerſchaft entfallende Gewinnanteil in deren Gesamteigentum übergeht. Die Arbeitergenoſſenſchaft iſt juriſtiſcher Träger des Geſamteigentums [3]). In Deutſchland findet ſich die Kollektivbeteiligung hauptſächlich in Form von Wohlfahrts- und Fürſorgeeinrichtungen (Sportplätzen, Badeeinrichtungen, Turnhallen, Kantinen, Penſionskaſſen, Werkwohnungen u. a. m.), die durch freiwillige Zuwendungen ſeitens des Arbeitgebers aus dem Gewinn des Unternehmens geſchaffen und erhalten werden. Selbſt wenn eine ſolche Verwendung des Gewinns ſatzungsmäßig vorgeſehen iſt, ſo iſt die Zuwendung eine einſeitige, weder die Arbeitnehmerſchaft, noch insbeſondere der einzelne Arbeitnehmer haben Anſpruch auf eine derartige Verwendung eines Gewinnanteils. Und insbeſondere hat letzterer am Gewinn des Unternehmens nur ſehr indirekt Anteil dadurch, daß er als Arbeitnehmer des Betriebes zur Benützung oder Teilnahme an deſſen Einrichtungen berechtigt iſt.

Für den Arbeitnehmer hat naturgemäß diejenige Beteiligung am meiſten Intereſſe, bei der ihm perſönlich der Gewinn zugute kommt, bei der er gewiſſermaßen einen Erfolg ſeiner Arbeit ſieht: der individuellen Gewinnbeteiligung. Aus dieſem Grund und weil beim Angeſtellten dieſe

[1]) Näheres unten S. 18 f., zuſtimmend Nadel S. 6.

[2]) So das franzöſiſche Geſetz vom 26. 4. 1917, Loi sur les sociétés anonymes à participation ouvrière; vergl. Greiner S. 96 ff.

[3]) Vergleiche im einzelnen Nadel S. 32, Greiner S. 40 ff und 96 ff. Art. 74, loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, titre VI, des sociétés anonymes à participation ouvrière (loi du 26 avril 1917) beſtimmt:

Abs. I: Les actions du travail sont, la propriété collective du personnel salarié (ouvriers et employés des deux sexes) constitué en société commerciale coopérative de main d'oeuvre en conformité de l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 1 er août 1893. (Cette société de main-d'oeuvre comprendra, obligatoirement et exclusivement, tous les salariés attachés à l'entreprise depuise au moins un an et âgés de plus de vingt et un ans. La perte de l'emploi salarié fait perdre au participant, et sans indémnité, tous ses droits dans la coopérative de main-d'oeuvre sous la réserve de l'article 79 de la présente loi.)

Abs. III: Les dividendes attribuées aux ouvriers et employés faisant partie de la coopérative ouvrière sont répartis entre eux conformément aux règles fixées par les statuts de la société ouvrière et aux décisions de ses assemblées générales . . . . .

Abs. IV: En aucun cas les actions de travail ne pourront être attribuées individuellement aux salariés de la société, membres de la coopérative de main-d'oeuvre.

Art der Gewinnbeteiligung eine überwiegende Rolle ſpielt[1]), muß ſie an dieſer Stelle noch näher unterſucht werden. Dabei iſt feſtzuſtellen, daß die Einzelbeteiligung entſprechend der oben gezeigten Möglichkeit der Betrachtungsweiſe[2]) ſowohl als unmittelbare wie als mittelbare gedacht werden kann. Mittelbare Gewinnbeteiligung liegt dann vor, wenn der Angeſtellte dem Unternehmen gegenüber zugleich die Stellung eines Darlehensgläubigers einnimmt, wie das hauptſächlich bei den Inhabern bevorzugter Obligationen des Unternehmens, die nur an Arbeitnehmer dieſes Unternehmens abgegeben werden[3]), oder bei den Sparern der ſogenannten Betriebsſparkaſſen, deren Einlagen der Unternehmer im Geſchäft inveſtiert hat, der Fall iſt. Der Unterſchied gegenüber der eigentlichen Kapitalbeteiligung, die auch in der Form der individuellen Gewinnbeteiligung auftritt, iſt in der Gläubiger-, nicht Mitgliederſtellung zu ſehen. Im übrigen iſt oben dargelegt[4]), daß es ſich hier um vom Arbeitsvertrag rechtlich unabhängige Darlehensverträge handelt, deren Beſonderheit lediglich darin beſteht, daß die Vergütung oder ein Teil der Vergütung für die Darlehenshingabe in einer Beteiligung am Gewinn des Unternehmens beſteht, als Ertrag deſſen, was vom Darlehensempfänger durch vertragsmäßigen Gebrauch des Geldes gewonnen wird. Ebenſoſehr kann die Mitgliederſtellung vom Arbeitsvertrag unabhängig ſein, und ſelbſt wenn ſie nach dem Willen der Parteien durch die Exiſtenz eines ſolchen bedingt ſein ſollte, ſo ſind doch juriſtiſch die beiden Verhältniſſe auseinanderzuhalten, die Gewinnbeteiligung hat ihren Grund in der Mitgliedſchaft, nicht in der Arbeitnehmerſtellung.

Dagegen iſt das Charakteriſtiſche der unmittelbaren Einzelbeteiligung am Gewinn eines Unternehmens – oder wie ſie herkömmlicherweiſe bezeichnet wird, der Tantième[5]) — daß ſie nicht auf einem ſelbſtändigen Vertrag beruht, ſondern immer der Verbindung mit einem anderen Vertrage bedarf. Das tatſächliche Vorkommen lehrt, daß dieſer Vertrag immer ein ſolcher iſt, bei dem die Leiſtung von Arbeit gegen Vergütung zugeſichert iſt, alſo ein Arbeitsvertrag im weiteſten Sinn[6]); in unſerem Fall iſt es das oben als Anſtellungsvertrag bezeichnete Vertragsverhältnis. In dieſem Vertrag erſcheint die Vereinbarung der Gewinnbeteiligung als Nebenabrede über die Art der Vergütung für die Dienſtleiſtung, dieſer wird daher von Steinkopf als der Grundvertrag bezeichnet[7]). Die Gewinnbeteiligung wird alſo als klagbares Recht gewährt; aber ſelbſt wenn ſie nur auf einem einſeitigen Zugeſtändnis des Prinzipals beruht und der Anteil nach Gutdünken gewährt wird, iſt ſie richtiger Anſicht nach nicht als Geſchenk zu betrachten, ſondern als Vergütung für die geleiſteten Dienſte[8]). Es muß an dieſer Stelle noch darauf aufmerſam gemacht werden, daß der gewöhnliche Sprachgebrauch den Ausdruck „Tantième“ in doppeltem Sinne anwendet. Man verſteht darunter den Inhalt einer beſtimmten Parteivereinbarung, ein rechtsgeſchäftlich begründetes, ſubjektives Recht, das Tan-

[1]) Gewiſſermaßen als Komplementärerſcheinung dazu, daß der Einſatz ſeiner Perſönlichkeit vielfach den Grund des erhöhten Gewinnergebniſſes bildet.
[2]) S. o. Seite 14.
[3]) Vgl. Nadel S. 57.
[4]) Oben Seite 15; vgl. auch Nadel S. 57 f.
[5]) Im folgenden kurz als „Gewinnbeteiligung“ bezeichnet. Über ihre Möglichkeit als Vergütung für Dienſtleiſtungen RG. Gruch. 47, 400.
[6]) Vgl. Lotmar, I S. 32 ff.
[7]) Steinkopf S. 5, Bode S. 3.
[8]) So z. B. Staub Anm. 34 zu § 59, Anm. 4 b zu § 65. Titze a. a. O. S. 623. a. A. Bode S. 3.

tième- oder Gewinnbeteiligungsrecht. In dieſem Sinn wurde der Ausdruck ſoeben verwandt. Man bezeichnet damit aber auch das ſich aus der Verwirklichung des Inhalts der genannten Parteivereinbarung tatſächlich Ergebende, das Reſultat der Beteiligung. Hier iſt alſo nicht das Recht gemeint, ſondern die tatſächliche Vergütung in Form einer auf eine gewiſſe Art berechneten Beteiligung am Gewinn des Unternehmens. Dieſe bezeichnet Steinkopf wohl nicht ganz glücklich als „Tantièmezins“ [1]), wir reden im folgenden mit Bode [2]) von Anteil oder von Gewinnbeteiligungsanſpruch [3]).

Das Gewinnbeteiligungsrecht bezieht ſich auf die Vertragserfüllung ſeitens des Prinzipals, ſein Zweck iſt, dem Angeſtellten einen Anteil an dem während der Dauer ſeines Vertragverhältniſſes, und wie die Parteien daher annehmen, unter ſeiner Mitwirkung entſtehenden Arbeitsergebnis als Entgelt zu gewähren. Als Arbeitsergebnis gilt aber bei der Gewinnbeteiligung nicht das unmittelbare Ergebnis der einzelnen Arbeitsleiſtung, das dann zwiſchen den Vertragsparteien geteilt würde — dies wäre beim kaufmänniſchen Angeſtellten in den ſeltenſten Fällen feſtzuſtellen oder gar zu teilen —, ſondern entweder der geſchätzte oder der durch wirtſchaftliche Weiterverwertung ermittelte Wert der innerhalb eines beſtimmten Zeitraums geleiſteten Arbeit. Dieſer wird nicht nach objektivem Maßſtabe bemeſſen, ſondern nach den Verhältniſſen des Prinzipals. Das Entgelt ſoll dem auf Grund der Vergleichung zweier Wertberechnungen ermittelten Mehrwert, der dem Vermögen des Prinzipals erwächſt, entnommen werden, da dieſer Mehrwert nach Annahme der Parteien wenigſtens teilweiſe auf die Tätigkeit des Angeſtellten zurückgeführt wird. Das Entgelt beſteht regelmäßig in einem Anteil am Geldgewinn aus der geſamten Tätigkeit [4]). Dieſe Beteiligung muß als dauernde beabſichtigt ſein, weshalb die Beteiligung am Ergebnis einer einzelnen Arbeitsleiſtung von vornherein ausſcheidet. Aus der Abſicht dauernder Beteiligung iſt zu folgern, daß ſie am Gewinn ſämtlicher Geſchäfte innerhalb des Unternehmens oder doch mindeſtens eines Unternehmenszweigs oder einer beſtimmten Gattung von Geſchäften erfolgen muß [5]). Es wird nicht das Ergebnis jedes einzelnen Geſchäfts als Gewinn angeſehen, ſondern erſt die ſich als Geſamtreſultat ergebende Vermögensvermehrung. Selbſt die Beteiligung an einer ganzen Reihe einzelner Geſchäfte kommt nicht in Frage, wenn dieſe zuſammengenommen nach dem Willen der Parteien nicht mindeſtens einen in ſich geſchloſſenen Teil des Unternehmens ausmachen. Andererſeits darf der Zeitpunkt der Feſtſetzung dieſes Geſamtgewinns kein unbeſtimmbarer ſein; dieſe hat daher nach feſtſtehender Praxis regelmäßig nach dem jeweiligen Ablauf eines beſtimmten Zeitabſchnitts zu erfolgen, periodiſch wiederkehrende Gewinnfeſtſetzung iſt ein unentbehrliches Begriffsmerkmal. Daraus, daß die Gewinnbeteiligung eine dauernde ſein muß, ergibt ſich, daß das die Gewinnbeteiligungsabrede enthaltende Vertragsverhältnis ebenfalls auf die Dauer angelegt ſein muß. Ob tatſächlich eine gewiße Dauer erreicht wurde, iſt belanglos, da es lediglich auf den Willen der Parteien ankommt, das Vertragsverhältnis als dauerndes zu geſtalten [6]).

[1]) Seite 2.
[2]) Seite 3.
[3]) Dieſe Unterſcheidung findet ſich ſchon, wenn auch nicht mit Worten ausgeſprochen, bei Crome Seite 167 und 177. Ebenſo Steinkopf S. 2, Bode S. 2, Keilpflug S. 15.
[4]) Crome S. 212.
[5]) Crome S. 167 und 211.
[6]) Vgl. zu der Begriffsbeſtimmung Steinkopf S. 4 ff., Bode S. 3 f., Tiße a. a. O. S. 610, 611.

Aus der Aufzählung der Begriffsmerkmale ergibt sich die Ausscheidung verwandter Formen. Die Dividende stellt bei aller äußeren Ähnlichkeit nicht eine Entlohnung für geleistete Arbeit, sondern eine solche für die Hingabe von Kapital dar[1]). Bei der Provision ist der Angestellte zwar auch am Ergebnis seiner Arbeit beteiligt, aber dieses wird regelmäßig nicht nach dem dem Prinzipal entstandenen Gewinn berechnet, sondern nach dem objektiven Wert des Gegenstandes, auf den die Arbeitsleistung sich bezieht; daß überhaupt ein Gewinn erzielt wurde, ist nicht begriffswesentlich[2]). Die Beteiligung richtet sich meist nach dem Umsatz, das „Entgelt wird nicht durch die Höhe des wirtschaftlichen Enderfolgs bestimmt“[3]). Neben dieser üblichen Form der Provision kommt die sogenannte Gewinnprovision vor. Die Beteiligung ist hier darauf abgestellt, daß der Prinzipal tatsächlich einen Gewinn erzielt, und diese Tatsache veranlaßt Eck, sie mit der „Tantième“ gleichzustellen[4]). Das ist nicht richtig, denn immer stellt die Gewinnprovision nicht eine Beteiligung am Gewinn des Unternehmens als solchem dar, sondern eine Beteiligung an einem Einzelergebnis der Art, daß das Ergebnis jedes einzelnen Geschäfts als Berechnungsgrundlage dient: es fehlt also das Moment der Dauer und der Beteiligung an einem Gesamtgewinn[5]). Die Gewinnbeteiligung ist aber auch abzugrenzen von der Gratifikation. Diese ist eine Sondervergütung, die der Prinzipal dem Angestellten aus bestimmtem Anlaß gewährt und zwar vielfach, ohne daß der Angestellte hierauf einen Rechtsanspruch hat. Zuzugeben ist, daß sie meist aus dem Geschäftsgewinn geleistet wird, aber dieser bildet keinesfalls den Maßstab für deren Berechnung. Diese richtet sich im Gegenteil meist nach anderen Momenten, etwa dem festen Gehalt, das der Angestellte bezieht. — Eine falsche Bezeichnung der dem Prinzipal obliegenden Leistung in dem Vertrag beeinflußt selbstverständlich deren rechtliche Natur in keiner Weise[6]).

Faßt man nun das bisher Besprochene zusammen, so kann man die individuelle unmittelbare Gewinnbeteiligung im engeren Sinn, oder kurz gesagt, die „Tantième“ kennzeichnen als die in einem Arbeitsvertrag getroffene Parteivereinbarung, die den Arbeitnehmer (Angestellten) berechtigt, während der Dauer dieses Arbeitsvertrags an dem aus allen Geschäften oder einer Geschäftsgattung des Unternehmens seinem Arbeitgeber (Kaufmann) erwachsenden Gesamtgewinn zu einem bestimmten Teile als Vergütung für seine Arbeitsleistung teilzunehmen[7]). — Nachdem nunmehr der Begriff der Gewinnbeteiligung festgelegt ist, ist ihre rechtliche Natur noch einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Hiezu ist jedoch auf § 4 der Arbeit zu verweisen[8]), da zunächst die soziale und wirtschaftliche Bedeutung der Gewinnbeteiligung einer kurzen Würdigung unterzogen werden soll.

---

[1]) Vgl. oben Seite 15.
[2]) Titze a. a. O. S. 611, Oertmann A. L. S. 40, Steinkopf S. 12.
[3]) Oertmann A. L. S. 42.
[4]) Eck, ZHR 48, 356.
[5]) Ebenso Crome S. 175, Steinkopf S. 12.
[6]) Vgl. Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2 zu § 62. KGJW 1924 S. 545.
[7]) Ähnlich Steinkopf S. 13; vgl. auch Crome S. 25 ff., 177. R. Fischer bei Ehrenberg II 5 S. 312 und RG 11, 163.
[8]) Unten Seite 23 ff.

§ 3 Die wirtschaftliche und soziale Bedeutung der Gewinnbeteiligung.

I. Die Gedankengänge, die ursprünglich zur Einführung der Gewinnbeteiligung führten, waren zweifelsohne zunächst egoistischer Natur. Die Begründung vertraglicher Verpflichtung zur Arbeitsleistung und die Überwachung ihrer Innehaltung ermöglichte es nicht, die zur Förderung eines Unternehmens nötigen oder nützlichen Höchstleistungen zu erzielen. Diese werden nur durch Heranziehen des eigenen Interesses dessen, der die Arbeit vorzunehmen hat, erreicht; ist dieses beteiligt, so wird er seine Arbeitskraft dem Unternehmen in ganz anderer Weise widmen, als wenn er diesem fremd gegenübersteht. Es werden Kräfte im Arbeitnehmer frei, die sonst gemäß den allgemeinen Gesetzen menschlichen Handelns gebunden bleiben würden, und zeitigen Erfolge hinsichtlich Güte und Intensität der Arbeitsleistung, die sonst nicht erzielt werden könnten. Diese Imponderabilien finden andererseits im Anteil am Gewinn ihre wirtschaftliche Gegenleistung. So war der ursprüngliche Gedanke der einer Verknüpfung der Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit Rücksicht auf eine Steigerung des Arbeitsergebnisses einerseits und der Vergütung andererseits. Dieser Gedanke spielt heute noch eine bedeutsame Rolle gerade bei der Beteiligung des kaufmännischen Angestellten, doch ist er später wesentlich zurückgedrängt worden durch Erwägungen, die die Gewinnbeteiligung als geeignetes, ja zum Teil das geeignete Mittel[1]) zum Ausgleich der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entstandenen sozialen Gegensätze sehen. Darin wurde die große volkswirtschaftliche Bedeutung der Gewinnbeteiligung erblickt. Und tatsächlich ist vielfach das Motiv zu ihrer Einführung das, daß damit der wirtschaftliche Kampf zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer weitgehend ausgeschaltet werden soll, um eine ungehemmte Entwicklung des Unternehmens zu garantieren und seine Konkurrenzfähigkeit zu erhalten. Aber auch hier zeigt sich wieder der egoistische Gedanke, der ursprünglich zur Einführung der Gewinnbeteiligung führte. Daneben spielen noch Erwägungen charitativen Charakters eine gewisse Rolle.

Einen gewissen Ausgleich der Gegensätze wird die Gewinnbeteiligung natürlich immer zur Folge haben, da schon durch den wenigstens teilweise erreichten, notgedrungenen Parallelismus der Interessen die Gegensätze zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zwangsläufig gemindert werden müssen. Doch darf nicht verkannt werden, daß der wirtschaftliche Erfolg für den Angestellten oft von ganz geringer Bedeutung ist und die dadurch hervorgerufene Enttäuschung leicht statt eines Ausgleichs eine Verschärfung der Gegensätze herbeiführen kann. Namentlich bei Beteiligung sämtlicher Angestellter eines Unternehmens, nicht nur solcher, die kraft ihrer Stellung und Fähigkeiten auf den Geschäftsgang auch tatsächlich einen Einfluß auszuüben vermögen, wird die Gewinnquote vielfach so geringfügig werden, daß sie keine erhebliche Besserstellung des Berechtigten bedeutet. Immerhin zeigt der Arbeitgeber durch die Gewährung einer Gewinnbeteiligung, daß dem Arbeitnehmer auch ein Teil des Erfolgs seiner Arbeit zugute kommen soll, und dieses psychologische Moment ist nicht zu unterschätzen. Eine wirkliche Bedeutung für den sozialen Ausgleich kann aber meines Erachtens der Gewinnbeteiligung nur bei Groß-

[1]) Vgl. insbesondere Crome S. 163 ff., Steinkopf S. 45 ff.

betrieben zukommen, die eine allgemeine ſchematiſche Beteiligung ihrer Angeſtellten entſprechend deren feſtem Gehalt oder nach anderen Maßſtäben durchführen. Andererſeits iſt gerade hier die oben erwähnte Gefahr einer Enttäuſchung des Angeſtellten durch die geringe Höhe des ihm tatſächlich zufallenden Anteils beſonders groß. Dagegen wird bei Beteiligung eines Angeſtellten in kleineren Verhältniſſen und auch bei derjenigen leitender Angeſtellter in großen Unternehmen vielfach das egoiſtiſche Motiv der Parteien im Vordergrund ſtehen. Dies ſchon deshalb, weil in ſolchen Fällen die ſozialen Unterſchiede der Vertragsparteien oft gar keine derartig großen ſind, ſodaß aus dem Grund, ſie auszugleichen, die Gewinnbeteiligung vereinbart werden müßte.

II. Dieſe Unterſcheidung in der Bedeutung der Gewinnbeteiligung führt uns zu einer weiteren Frage. Je nachdem nämlich das eine oder andere Moment für die Vertragsparteien von überwiegender Bedeutung iſt, wird ſich das in der vertraglichen Regelung der Gewinnbeteiligung — einer geſetzlichen entbehren wir vorderhand noch [1]) — äußern. Erfolgt die Anſtellung des Gewinnbeteiligten in einem Betrieb, für den vermöge ſeiner Größe die Arbeitskraft des einzelnen Angeſtellten von ausſchlaggebender Bedeutung ſein kann oder in einer Stellung, in der der Einſatz der Perſönlichkeit und ihre Fähigkeit eine große Rolle ſpielen, ſo wird ſich die Vereinbarung der Beteiligung in den meiſten Fällen in einem zwiſchen Prinzipal und Angeſtelltem geſchloſſenen Einzelvertrage finden. Hat aber die Beteiligung mehr ſozialen Charakter und wird ſie allen oder doch gewiſſen Kategorien von Angeſtellten gewährt, ſo wird die Einzelvereinbarung zurücktreten. Daß ſich allerdings die Vereinbarung in einem Tarifvertrag [2]) findet, wird ſelten der Fall ſein, da ſelbſt in den gleichgearteten Unternehmungen die wirtſchaftlichen Bedingungen derartig verſchieden ſein können, daß der abſchließende Arbeitgeberverband nicht einfach den einzelnen Arbeitgeber zu einer Beteiligung ſeiner Arbeitnehmer am Gewinn des Unternehmens in beſtimmter Höhe verpflichten kann. Eine derartige Einführung der Gewinnbeteiligung durch Tarifvertrag wäre höchſtens bei ſolchen Betrieben denkbar, die bei gleicher Organiſation dieſelben wirtſchaftlichen Arbeitsbedingungen und Ziele haben, oder im Fall des ſogenannten Haustarifs [3]). Dagegen bietet die Betriebsvereinbarung [4]) Gelegenheit zur Anpaſſung an die Verhältniſſe des einzelnen Unternehmens und erſcheint daher für eine Einführung der Gewinnbeteiligung durch Geſamtvereinbarung am geeignetſten. Nicht beſonders braucht hier betont zu werden, daß die in einer Geſamtvereinbarung erfolgte Regelung dadurch Inhalt des Einzelvertrags wird, daß bei deſſen Abſchluß ausdrücklich oder ſtillſchweigend auf jene Bezug genommen wird; dies wird bei Vorhandenſein einer Geſamtvereinbarung und Fehlen beſonderer Abreden im Einzelvertrag ohne weiteres angenommen werden können.

[1]) Über deren Möglichkeit und Zweckmäßigkeit ſiehe unten § 8 der Arbeit.
[2]) Über den Begriff des Tarifvertrags ſtatt aller Kallée-Gros, Handbuch des Arbeitsrechts, Seite 72 ff. und 564 ff.
[3]) Vgl. bei Kallée-Gros Seite 75.
[4]) Begriff bei Kallée-Gros Seite 99 ff., 384 ff.

§ 4 Die rechtliche Natur der Gewinnbeteiligung.

I. Bevor wir uns der rechtlichen Behandlung der Gewinnbeteiligung zuwenden, bedarf es einer Unterſuchung ihrer juriſtiſchen Struktur. Bei dem Fehlen jeder geſetzlichen Beſtimmung beſtand früher insbeſondere darüber, welche rechtliche Natur das Vertragsverhältnis habe, in dem der gewinnbeteiligte Angeſtellte zum Prinzipal ſteht, Unklarheit und Streit. Heute kann die Frage als gelöſt gelten, doch ſind die Anſichten und Möglichkeiten der Beurteilung zu erörtern. Eine der erſten Entſcheidungen des Oberhandelsgerichts[1]) ſtellt feſt, daß die Zuſicherung einer Quote des Geſchäftsgewinns nichts an dem Dienſtverhältnis ändere. Dagegen erregte eine ſpätere Entſcheidung desſelben Gerichts[2]) viel Widerſpruch. In ihm heißt es: „Das Rechtsverhältnis zwiſchen Geſchäftsherr und Handlungsgehilfen iſt, ſoweit die Beteiligung des letzteren am Gewinn in Frage kommt, nach den Grundſätzen des gemeinbürgerlichen Rechts über Geſellſchaften zu beurteilen“ [3]). Dieſe Anſicht des ROHG wurde heftig angefochten[4]), weil ſie das teilweiſe Vorliegen eines Geſellſchaftsverhältniſſes annehme. Der Anſtellungsvertrag mit Gewinnbeteiligungsabrede ſei aber gar kein negotium mixtum[5]) und daher erſcheine die Zuhilfenahme eines Innominatkontraktes, die ganz entbehrlich ſei, nicht als angebracht[4]). Dieſer Widerſpruch gegen die höchſtrichterliche Entſcheidung erſchien gerechtfertigt nnd hat daher heute allgemein Anerkennung gefunden. — Dieſe Streitfrage führt dazu, zu unterſuchen, ob nicht das ganze Verhältnis als Geſellſchaft im Sinn des bürgerlichen Rechts betrachtet werden kann. § 706 Abſ. 3 BGB beſtimmt ausdrücklich, daß die Einlage des Geſellſchafters auch in der Leiſtung von Dienſten beſtehen kann. Außerdem widerſpricht es dem Weſen der Geſellſchaft nach herrſchender Anſicht nicht, daß ein Geſellſchafter nicht am Verluſt, ſondern nur am Gewinn beteiligt iſt[6]); im Geſetz ſelbſt ſpricht nichts gegen dieſe Auffaſſung. Die Begriffsbeſtimmung des § 705 BGB ergibt jedoch für das Vorliegen eines Geſellſchaftsvertrags zwei Kriterien, die für die Entſcheidung der geſtellten Frage von Bedeutung ſind. Es muß danach erſtens die Perſonenverbindung objektiv auf die Erreichung eines gemeinſamen Zwecks durch gegenſeitige Unterſtützung gerichtet ſein und außerdem muß der Wille der Parteien dahin gehen, ſich gegenſeitig als Genoſſen zn betrachten. Das objektive Erfordernis ſcheint auf den erſten Blick gegeben zu ſein; doch muß bei näherem Zuſehen feſtgeſtellt werden, daß keine gegenſeitige Unterſtützung zur Erreichung eines gemeinſamen Zweckes vorliegt, ſondern jede Partei ihre eigenen Intereſſen verfolgt. Dieſe ſind nicht gemeinſam, ſondern laufen nur eine Zeit lang parallel und bewirken dadurch notgedrungen eine zeitweilige Verbindung[7]). Die Leiſtung der Dienſte des Angeſtellten erfolgt nicht etwa in ein ihm mit dem Prinzipal gemeinſames Geſellſchaftsvermögen, ſein Gewinnanteil wird nicht aus einem ſolchen geleiſtet, ſondern die jeweiligen Anſprüche ſtehen den Vertragsparteien

[1]) ROHG 1, 194 ff. Schon die Entſch. ZHR 14, 544 f. betont, daß der Gewinnanteil dem Angeſt. nicht auf Grund Geſellſchafterſtellung, ſondern „als Gegenleiſtung f. f. Dienſte“ gebührt.
[2]) ROHG 17, 275 ff.
[3]) Ähnlich RG 20, 165.
[4]) Vgl. Crome Seite 164 Anm. 1, Steinkopf S. 14, Bode S. 5 und die dort Zitierten.
[5]) Vgl. hiezu Höniger, Miſchverträge, S. 2 ff., insbeſ. 4; S. 275, 331/32.
[6]) Geiler bei Staudinger Anm. IV 2 b zu § 705.
[7]) Eingehend Crome S. 147, 152, vgl. auch Steinkopf S. 14 f., Bode S. 6 f.

direkt gegeneinander zu. Es ſteht nicht das Medium einer geſamthänderiſchen Bindung zwiſchen Prinzipal und Angeſtelltem[1]). Vollends fehlt es an dem Willen der Parteien, ſich als gleichgeſtellte Genoſſen zu betrachten[2]). Dieſe Abſicht würde ſchon an der verſchiedenen Stellung der Parteien ſcheitern; in Zweifelsfällen iſt das Vorhandenſein oder Fehlen einer ſolchen Willenserklärung entſcheidend für die Frage, ob Geſellſchafts- oder Anſtellungsvertrag gemeint iſt[3]). Iſt keine eindeutige Ermittlung zu treffen, ſo iſt gegen die Annahme eines Geſellſchaftsvertrags zu entſcheiden[4]). Sind die Begriffsmerkmale eines Geſellſchaftsvertrags gegeben, ſo iſt damit eine Gewinnbeteiligungsabrede in dem oben[5]) feſtgelegten Sinne ausgeſchloſſen, ſelbſt wenn die Parteien das Verhältnis ſo bezeichnet haben; die falſche Bezeichnung iſt belanglos[6]). Die Anwendung des Geſellſchaftsbegriffs des bürgerlichen Rechts auf das Rechtsverhältnis des gewinnbeteiligten Angeſtellten iſt daher abzulehnen.

II. Doch könnte man daran denken, dieſes als ſtille Geſellſchaft im Sinn der §§ 335 ff HGB aufzufaſſen: auch bei ihr iſt nicht weſentlich, daß der ſtille Geſellſchafter am Verluſt beteiligt iſt, § 336 Abſ. 2 HGB. Notwendig iſt jedoch, daß die Beteiligung des ſtillen Geſellſchafters in einer „Vermögenseinlage" beſteht, § 335 HGB[7]), und ob die Dienſte des ſtillen Geſellſchafters als ſolche angeſehen werden dürfen, darüber herrſcht Streit[8]). Wenn man ſich der Anſicht anſchließt, daß die Leiſtung von Dienſten nicht als Einlage angeſehen werden kann[9]), ſo iſt die Annahme eines ſtillen Geſellſchaftsverhältniſſes von vornherein ausgeſchloſſen; doch bedarf es einer Entſcheidung dieſer Streitfrage als nicht notwendig zum Thema gehörig überhaupt nicht, da auch im anderen Fall ein wichtiger rechtlicher Unterſchied zwiſchen ſtillem Geſellſchafter und Angeſtelltem beſteht: der ſtille Geſellſchafter iſt Geſellſchafter und damit dem Prinzipal gleichgeordnet, während der Angeſtellte auf Grund des Anſtellungsvertrags in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dieſem ſteht. Es iſt alſo auch die Annahme eines ſtillen Geſellſchaftsverhältniſſes abzulehnen.

III. Die bisherigen Unterſuchungen haben alſo zu keinem Ergebnis über die Natur des Rechtsverhältniſſes, in dem der gewinnbeteiligte Angeſtellte zu ſeinem Prinzipal ſteht, geführt. Gehen wir von unſerer Begriffsbeſtimmung der Gewinnbeteiligung aus, ſo ergibt ſich, daß die Gewinnbeteiligungsabrede keinen contractus sui generis darſtellt, ſondern eine dem übereinſtimmenden Parteiwillen entſpringende Nebenabrede über den Vergütungsmodus innerhalb des Anſtellungsvertrags iſt. Dieſe iſt auch durchaus denkbar, da ja nach geltendem Recht die Gegenleiſtung des Arbeitgebers nicht in einem im Voraus beſtimmten Gehalt beſtehen muß, ſondern die Formulierung der §§ 59 HGB, 611 BGB jede Art der Gegenleiſtung zuläßt. Dieſe Nebenabrede ändert an dem Grundvertrag, deſſen Beſtand-

[1]) Vgl. Höniger a. a. O. S. 275.
[2]) So auch ROHG 17, 275 ff.
[3]) Lotmar I S. 40.
[4]) So auch Crome S. 154, Horrwitz S. 24 u. 94, Gruch. 54, 616 f. Warn. 1914, Nr. 37, insbeſondere für den Fall, daß keine Teilnahme am Verluſt vereinbart iſt.
[5]) § 2 der Arbeit, S. 18 ff.
[6]) Vgl. § 2, II der Arbeit bei Anm. 6 (S. 20) und dort Zitierte.
[7]) Vgl. Bolze 10 Nr. 534.
[8]) Vgl. Staub Anm. 15 zu § 335, Titze a. a. O. S. 612 und bei Bode S. 8 Zit. Bejahend OLG Stuttgart, J. Wtt. Rpfl. 5, 77 ff.
[9]) So Steinkopf S. 16.

teil ſie iſt, nichts, ſondern regelt nur eine Seite der aus dem Vertrag entſpringenden Verpflichtungen des Arbeitgebers in beſonderer Weiſe, die Vergütungspflicht für die Tätigkeit des Angeſtellten[1]). Der Vertrag bleibt kaufmänniſcher Dienſtvertrag oder, wie wir ihn oben bezeichnet haben, Anſtellungsvertrag[2]), der Anſpruch des Angeſtellten auf den Gewinnanteil charakteriſiert ſich nicht als Geſellſchafts-, ſondern als Gläubigeranſpruch[3]). Der gewinnbeteiligte Angeſtellte wird nämlich nicht Miteigentümer des erzielten Gewinns, dieſer gehört allein dem Geſchäftsherrn. Der Angeſtellte ſelbſt hat nur ein nach Bruchteilen jenes Gewinns beſtimmtes Forderungsrecht. — Der Zweck der Gewinnbeteiligung des Angeſtellten ſchließt regelmäßig eine ſolche am Verluſt des Unternehmens aus[4]). Dadurch, daß der Angeſtellte normalerweiſe am Verluſt nicht teilnimmt, iſt ſeine Stellung grundſätzlich verſchieden von der des Geſellſchafters[5]). Soll ausnahmsweiſe das Gegenteil der Fall ſein, ſo bedarf es ſtets einer beſonderen Vereinbarung im Vertrag[6]), deſſen Charakter aber dadurch nicht geändert wird[6]).

Das Eigentümliche dieſer Nebenabrede über die Art und Weiſe der Vergütung iſt, daß ſie ihrer Höhe nach von einem künftigen ungewiſſen Ereignis abhängig gemacht iſt[7]). Es liegt eine echte Bedingung vor, nach der der Anſpruch nur gegeben iſt, wenn tatſächlich ein Gewinn erzielt wird. Der Anſpruch iſt aber, wie weiter unten zu zeigen iſt[8]), auch betagt, er iſt erſt nach Ablauf der Geſchäftsperiode, für die der Gewinn zu berechnen iſt, fällig. Eine vorherige Geltendmachung iſt ausgeſchloſſen. Im Gegenſatz zur Abhängigkeit des Anteils vom tatſächlichen Ergebnis des Geſchäftsbetriebs iſt ſeine Höhe, für den Fall, daß ein Gewinn erzielt wird, im allgemeinen von vornherein endgültig feſtgelegt. Soweit dies nicht der Fall iſt, iſt die Abrede nicht etwa unwirkſam, ſondern es kommen die Beſtimmungen des § 59 HGB zum Zug[9]). Danach richtet ſich, wenn zwar eine Gewinnbeteiligung verabredet, aber nichts über ihre Höhe beſtimmt iſt, die Höhe der Beteiligung nach Ortsgebrauch, und bei Fehlen eines ſolchen gilt ein den Umſtänden nach angemeſſener Anteil als bedungen. Evtl. entſcheidet das richterliche Ermeſſen[10]). Im übrigen ſpielt

[1]) Crome S. 29 daher: partiariſche Lohnklauſel.

[2]) So ſchon die oben zitierte Entſcheidung ROHG 1, 194 ff. Heute herrſchende Anſicht: z. B. Staub Anm. 7 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Enneccerus I, 1 S. 371, I, 2 S. 426. A. A. nur noch die alten Entſcheidungen DJZ 1897 S. 228, Sächſ. Arch. 11, 745 und Fuld S. 34.

[3]) Bolze 10 Nr. 534, Makower Anm. III b zu § 59, Staub Anm. 4 zu § 65, vgl. auch bei Anm. 1 S. 24 der Arbeit und dieſe ſelbſt.

[4]) So ſchon ROHG 6, 28, Staub Anm. 4 zu § 65, vgl. Hueck-Nipperdey I S. 183.

[5]) Crome S. 148, 149. Vgl. Warn. 1914 Nr. 37.

[6]) Vgl. hiezu Crome S. 149 Anm. 13, RG 33, 129 ff., Bolze 10 Nr. 534.

[7]) Oertmann AVR, S. 155.

[8]) § 5 II der Arbeit, unten S. 30.

[9]) Vgl. J. W. 1921, S. 106 Nr. 2, 339 Nr. 19. Potthoff-Jadeſohn-Meiſinger S. 767, 768. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 7 f. zu § 611,, Staub Anm. 34 zu § 59, Anm. 4 b zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59, Titze a. a. O. S. 611. A. A. Gruch. 20, 592. Troſt S. 22.

[10]) Horrwitz S. 92, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59, Nipperdey bei Staudinger Anm. IV 4 zu § 612. Dies iſt aber mit Düringer-Hachenburg Anm. 13 und 25 zu § 59 richtig dahin zu verſtehen, daß nicht die §§ 316, 315 BGB eingreifen. Dies erſcheint durch den Schlußſatz des § 59 HGB ausgeſchloſſen. Das richterliche Ermeſſen greift ſchon dann ein, wenn ſich die Parteien über die Angemeſſenheit nach den Umſtänden nicht einigen können und es deshalb zum Streit kommt. Praktiſch wird allerdings der Unterſchied nicht groß ſein.

die Höhe der Gewinnbeteiligung für deren rechtliche Behandlung keine Rolle[1]), allein die Tatſache der Beteiligung beſtimmt die Beziehungen der Parteien eigentümlich[2]). Iſt über eine Gewinnbeteiligung des Angeſtellten überhaupt keine Vereinbarung getroffen, ſo wird man nicht ſo weit gehen dürfen, zu ſagen, der Angeſtellte habe einen Anſpruch auf ſie, wenn ſie in dem betreffenden Betrieb allgemein üblich iſt[3]), (es ſei denn, es exiſtiere eine Geſamtvereinbarung, deren normativer Teil ſtillſchweigend als Inhalt des Anſtellungsvertrags vereinbart wurde). Denn die Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung muß auch in ſolchen Fällen immer im freien Belieben des Prinzipals ſtehen. Wird aber ein Gewinnanteil tatſächlich gewährt, ſo iſt dieſe Leiſtung nicht als Schenkung, ſondern als Entgelt für die geleiſteten Dienſte anzuſehen[4]). Und erfolgt eine ſolche Leiſtung regelmäßig, ohne daß der Prinzipal betont, er anerkenne eine rechtliche Verpflichtung hiezu nicht, ſo wird man darin möglicherweiſe — doch iſt auf die Verhältniſſe des Einzelfalls abzuſtellen — die Zuſicherung einer Gewinnbeteiligung in der gewährten Höhe zu erblicken haben[5]).

IV. Es bleibt noch zu unterſuchen, welchen rechtlichen Charakter die Vergütung durch Gewinnbeteiligung hat. Man unterſcheidet zwei grundlegende Arten der Vergütung, den Zeitlohn und den Akkordlohn[6]). Von Akkordvergütung ſpricht man dann, wenn dem Angeſtellten das Ergebnis ſeiner perſönlichen Arbeitsleiſtung entgolten wird, während bei Zeitlohn lediglich auf ſeine Tätigkeit während eines beſtimmten Zeitraums abgeſtellt wird. Daraus erhellt, daß die Gewinnbeteiligung im Gegenſatz zur Proviſion nicht in das Gebiet der Akkord-, ſondern der Zeitvergütung zu rechnen iſt. Denn bei ihr wird nicht das Ergebnis der beſonderen Tätigkeit des einzelnen entgolten, ihre Höhe hängt nicht von deren Erfolg ab, ſondern Maßſtab der Vergütung iſt die eine beſtimmte Zeit, die Gewinnberechnungsperiode, hindurch fortgeſetzte Tätigkeit als ſolche. Die Höhe der Vergütung richtet ſich nach dem Geſamterfolg des Unternehmens, dem die Tätigkeit gewidmet iſt, ohne daß dieſer allein durch den Gewinnbeteiligten herbeigeführt zu ſein braucht oder auch nur kann[7]).

[1]) Vgl. jedoch § 6 V und § 7 der Arbeit.
[2]) Crome S. 5 und S. 31, vgl. RG Gruch. 47, 400.
[3]) Anderer Anſicht GKG 17, 86 bez. der Gratifikation.
[4]) Vgl. J. Bch. Berl. Kf. Ger. I, 279 Nr. 119 und III, 233 Nr. 149.
[5]) Vgl. Staub Anm. 4b zu § 65, Anm. 34 zu § 59, RAG 4, 65ff. Bensh. VI RAG 203, IX RAG 357. LAG Berlin in JW 1928 S. 2937, GKG. 17 S. 65, J. Bch. Berl. Kf. Ger. III 230, Nr. 146 und Bauer 19, 77. A. A.,, L.Z. 1914, 1012ff., GKG 11, S. 269, allerdings beiderſeits meiſt in Bezug auf Gratifikation.
[6]) Vgl. dazu insbeſondere Lotmar II, S. 7ff., 422ff.
[7]) So die herrſchende Meinung. Vgl. insbeſondere Titze a. a. O. S. 611, Gierke, D. Pr. R. III S. 616, Oertmann AVR S. 155, AL S. 44. Kreller, NF V S. 19. Abweichend Lautner S. 432 Anm. 219, nach dem eine Miſchung zwiſchen Zeit- und Erfolgslohn vorliegt, die ſich nach den Verhältniſſen des Einzelfalls der eine oder anderen Lohnform nähern kann. (Ohne Begründung).

§ 5 Die rechtliche Behandlung der Gewinnbeteiligung.

I. Eine gesetzliche Regelung der Gewinnbeteiligung des kaufmännischen Angestellten ist weder im alten noch im neuen Handelsgesetzbuch erfolgt. Man könnte höchstens mit Crome[1]) eine gewisse Berücksichtigung darin finden, daß das neue Handelsgesetzbuch in § 59 nicht mehr von „Gehalt" und „Unterhalt", sondern von der dem Angestellten zukommenden Vergütung spricht. Diese Ausdrucksweise läßt, ohne der Auslegung irgend welche Schwierigkeiten zu bereiten, in ihrer weiten Fassung ohne weiteres auch die Gewinnbeteiligung als Vergütung zu[2]). Allerdings findet sich eine Umschreibung des üblichen Ausdrucks „Tantième" in den Bestimmungen der §§ 237, 245 HGB, doch handelt es sich dort um die Beteiligung von Vorstand und Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften an deren Gewinn. Beim Vorstand einer Aktiengesellschaft spricht man zwar auch davon, daß er in einem Anstellungsverhältnis zu dieser steht. Diesem fehlt aber ein wesentliches Merkmal des Anstellungsvertrags des § 59 HGB, die Unterordnung unter das Direktionsrecht des Arbeitgebers und die Eingliederung in dessen Betrieb. Gegenüber den sonstigen Angestellten der Aktiengesellschaft nimmt der Vorstand dank seiner Eigenschaft als deren Organ die Stellung eines Prinzipals ein, der die aus dem Dienstvertrag des Angestellten gegen diesen erwachsenden Herrschaftsrechte der Aktiengesellschaft auszuüben befugt ist[3]). Er ist konkreter Prinzipal im Titzeschen Sinn und schon daher seine Stellung von derjenigen der übrigen Angestellten grundsätzlich verschieden. Gegen diese verschiedene Behandlung nimmt Kreller de lege lata Stellung[4]); hierüber ist weiter unten zu handeln[5]). Jedenfalls bedingt diese Sonderstellung, daß nach geltendem Recht der § 237 HGB auf die Gewinnbeteiligung des kaufmännischen Angestellten höchstens dann analog angewendet werden kann, wenn der Vertragsgegner eine Aktiengesellschaft ist[6]), im übrigen ist festzuhalten, daß eine gesetzliche Regelung fehlt. Die Denkschrift des neuen Handelsgesetzbuchs[7]) begründet diese Stellungnahme damit, daß die Rechtsprechung auch ohne gesetzliche Regelung bisher zu befriedigenden Ergebnissen gelangt sei und es daher bei den durch sie herausgebildeten Grundsätzen sein Bewenden haben könne. Eine ähnliche Bemerkung findet sich auch in den Motiven zum Entwurf eines BGB[8]). Daß diese Begründung nicht stichhaltig ist, zeigt sich darin, daß dasselbe Handelsgesetzbuch Normen über die Provision des Handlungsgehilfen aufnahm, die sich größtenteils an die von der Praxis herausgebildeten Rechtsregeln anlehnen; auch hier lagen befriedigende Ergebnisse einer langjährigen Rechtsprechung vor und trotzdem hat der Gesetzgeber eine Regelung vorgenommen. Die ablehnende Haltung des neuen Handelsgesetzbuchs gegenüber einer gesetzlichen Regelung einer Gewinnbeteiligung wurde denn auch vielfach kritisiert[9]); Crome glaubte sogar, daß es bei der wachsenden Komplizierung der Verhältnisse einer baldigen gesetzlichen Regelung be-

[1]) Crome S. 169 Anm. 6.
[2]) So Staub Anm. 33 a. A. zu § 59, Titze a. a. O. S. 596 ff.
[3]) Vgl. Titze a. a. O. S. 511 ff.
[4]) Kreller, AZPr. NF II S. 6.
[5]) Vgl. § 8 der Arbeit.
[6]) Darüber unten II, S. 34 f.
[7]) II S. 64.
[8]) Band II S. 460.
[9]) Vgl. Cohn Arch. f. Bürg. R. 12, S. 185 ff., insbes. S. 228. Strauß Holdh. M. Schr. 5 S. 362.

dürfe[1]). Die eigene Stellungnahme de lege ferenda und damit diejenige über die Notwendigkeit oder Überflüssigkeit einer gesetzlichen Regelung der Gewinnbeteiligung sei dem Schluß der Arbeit vorbehalten[2]). Zunächst ist der unter dem heute geltenden Recht herrschende Zustand zu untersuchen.

II. Für die rechtliche Behandlung des Anspruchs auf Gewinnbeteiligung sind zwei Probleme von überwiegender Bedeutung, das Berechnungs- und das Sicherungsproblem. Bei der Darstellung der Grundsätze über die Berechnung des Anspruchs, die uns zunächst beschäftigen soll, bedarf es in erster Linie einer Klarstellung des oben[3]) gebrauchten Begriffs „Gesamtgewinn". Denn der Anspruch geht gewöhnlich auf einen Bruchteil desselben. Was darunter zu verstehen ist, richtet sich in erster Linie nach der hierüber getroffenen Parteivereinbarung, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein kann. Es ist also lediglich festzustellen, was die Absicht der Parteien in dieser Richtung gewesen ist. Wann eine stillschweigende Vereinbarung vorliegt, kann bei der Berechnungsart wie bei den Prüfungsrechten des Angestellten[4]) von besonderer Bedeutung sein. Zweifelsfrei kann eine solche nur angenommen werden, wenn der Angestellte mehrere Berechnungsperioden hindurch mit der Berechnungsart des Prinzipals einverstanden war, bezw. ihr nicht widersprochen hatte. Er kann dann nicht mit einem Mal behaupten, die Berechnungsart verstoße gegen die sonst übliche; dieses Vorgehen würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Er muß es bei der bisherigen Handhabung bewenden lassen[5]). Doch ist weitgehend die Tatsache zu berücksichtigen, daß der Angestellte von seinem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig ist und vielfach, um seine Stellung nicht zu verlieren, seine gegenteilige Meinung nicht vorzubringen wagt, sondern sich eben dessen Vorgehen unterwirft, sodaß also eine Einigung gar nicht vorliegt. Alsdann hat er, soweit nicht § 116 BGB zum Zuge kommt, die Möglichkeit, auf die übliche Berechnungsart zurückzugreifen. Dasselbe gilt auch bei der Frage, ob sich der Angestellte durch seine Anstellung ohne weiteres stillschweigend dem bisher vom Prinzipal gehandhabten Verfahren unterwerfen wollte[6]). — Erst für den Fall, daß es an einer ausdrücklichen oder genügend deutlichen Parteiregelung fehlt, gelten die im folgenden aufzustellenden Grundsätze für die Berechnung des Gewinnanteils.

Nur in den seltensten Fällen und bei ausdücklicher Vereinbarung[7]) handelt es sich bei der Gewinnbeteiligung um eine solche am Gesamtunternehmen in dem Sinn, daß darunter nicht nur diejenige am Gewinn aus dem Geschäftsbetrieb als solchem, sondern aus dem ganzen Unternehmen einschließlich seiner kapitalistischen Grundlage, der Betriebsein-

[1]) S. 169/170. Vgl. auch Düringer in Holdh. M. Schr. 5 S. 385.
[2]) Unten § 8 der Arbeit.
[3]) § 2 II a. E., Seite 18 ff.
[4]) Vgl. unten § 6 der Arbeit.
[5]) ROH 6, 25.
[6]) Vgl. zu dieser ganzen Frage Bode S. 17, Trost S. 26/27. A. A. im letzteren Punkt Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59 und RG 11, 160 ff. für den Sonderfall der Gewinnbeteiligung bei einer AG. Darüber unten.
[7]) Vgl. Staub Anm. 4 zu § 65, Anm. 3 zu § 336, Düringer-Hachenburg Anm. 28 und 30 zu § 59, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59, Könige-Teichmann-Köhler Anm. 2 zu § 65, Horrwitz S. 92, Steinkopf S. 35, Bode S. 14 15, Trost S. 26 und 36, Niepoth S. 41. — Aus der Rechtsprechung Bolze 10 Nr. 428, KG in DJZ. 1901, 50, LZ. 1913 S. 763, vgl. auch RG 11, 164.

richtungen und Betriebsmittel zu verſtehen iſt. In der Regel wird man es bei einer derartigen Abrede mit einem Geſellſchaftsvertrag zu tun haben, denn meiſt iſt die Gewinnbeteiligung nur als Beteiligung an dem auf dieſer Grundlage errichteten Betrieb, an der Geſchäftsführung als ſolcher oder einzelnen Geſchäftsgattungen, gedacht[1]). Daraus folgt, daß Einnahmen aus gelegentlichen Veräußerungen von Beſtandteilen dieſer Betriebsgrundlage und ſolche aus der Veräußerung des Geſchäfts ſelbſt nicht zum Geſamtgewinn zählen. Denn es handelt ſich dabei um außergewöhnliche und vorher nicht berechenbare Geſchäfte, die mit dem Geſchäftsbetrieb als ſolchem und dem Geſchäftsergebnis nichts zu tun haben, alſo keinen Betriebsgewinn darſtellen, und nur an dieſem iſt der Angeſtellte der Regel nach beteiligt[2]). Aus demſelben Grund ſcheidet der bilanzmäßige Gewinn aus, der ſich aus der Höherbewertung des früher zu nieder eingeſetzten Lagerbeſtandes ergibt. Denn damit entſteht kein tatſächlicher Gewinn, ſondern es liegt nur eine Berichtigung der Vermögensaufſtellung vor[3]). — Unter Betriebsgewinn kann aber zweierlei verſtanden werden[4]). Die Beteiligung kann ſich auf den Bruttoertrag des Unternehmens beziehen. In dieſem Fall bereitet die Gewinnberechnung keine Schwierigkeiten, da der Geſamtgewinn ſich einfach als die Summe der Geſchäftseinnahmen darſtellt; Abſchreibungen und Rücklagen kommen nicht vorher in Abzug, der Anteil am Bruttogewinn iſt davon vollſtändig unabhängig[5]). Meiſt wird die Gewinnbeteiligung jedoch eine ſolche am Nettogewinn ſein, alſo am Reinertrag des Unternehmens[2]). Hierfür ſpricht allgemeiner Geſchäftsgebrauch[6]). Dieſer Reingewinn wird in der Wirtſchaftslehre weiter zerlegt in „Unternehmerlohn", „Unternehmergewinn" und „Kapitalzins", und in ſeiner Geſamtheit als „Unternehmereinkommen" bezeichnet. Die Einzelheiten ſind ſtreitig, doch berührt dieſer Streit die vorliegende Unterſuchung nicht, da unzweifelhaft bei der Gewinnbeteiligung unter Reingewinn das ganze „Unternehmereinkommen" zu verſtehen iſt[7]). Denn ihr Zweck iſt ja gerade, dem Angeſtellten einen Teil deſſen zukommen zu laſſen, was ſonſt dem Prinzipal allein zufallen würde. Zwar muß Niepoth und Fuchs zugegeben werden, daß es einem weitverbreiteten Brauch in Kaufmannskreiſen entſpricht, ſich ſelbſt eine Art feſtes Gehalt auszuſetzen und daß es für manchen Einzelkaufmann oder Geſellſchafter einer offenen Handelsgeſellſchaft — nur in dieſen Fällen käme ein Vorabzug des Unternehmerlohns überhaupt in Frage — angenehmer wäre, dieſe feſte Vergütung für ſeine Tätigkeit vorabrechnen zu können. Hier jedoch zeigt ſich die grundſätzlich verſchiedene Stellung des gewinnbeteiligten Angeſtellten gegenüber ſeinem Prinzipal. Dieſer will nur das Riſiko eingehen evtl. auf eine Mehrvergütung für ſeine Tätigkeit verzichten zu müſſen[8]), der Prinzipal da-

---

[1]) Crome S. 214, Steinkopf S. 34.

[2]) Vgl. S. 24 Anm. 7 Zit.

[3]) Vgl. RG LZ 1913, S. 763, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59.

[4]) Crome S. 211.

[5]) Ein Beiſpiel GKG 17, 160.

[6]) Crome S. 213, insbeſondere Anm. 2 und die Anm. 7 S. 24 unſerer Arbeit Zitierten.

[7]) Darüber ausführlich Crome S. 233ff., vgl. auch Troſt S. 40/41. A. A. Niepoth S 51 ff., Fuchs in LZ 1915 S. 618.

[8]) Darüber, daß einem wirtſchaftlich auf das Verdienſt ſeiner Tätigkeit angewieſenen Angeſtellten immer das Exiſtenzminimum gewährt werden muß, iſt weiter unten zu handeln (§ 6 III der Arbeit. Demnach kann höchſtens in Ausnahmefällen angenommen werden, daß die Vergütung eines Angeſtellten lediglich in Gewinnbeteiligung beſteht.

gegen ist Inhaber oder Mitinhaber des Geschäfts und trägt mit dessen Risiko auch die Gefahr, umsonst tätig zu sein. Dies mag ihn zwar in manchen Fällen hart treffen, doch nicht so hart, wie den Angestellten, der auf den Ertrag seiner Arbeit angewiesen ist. Es kommt ihm andererseits auch wieder erhöhter Gewinn zugute, da sein Anteil am Gewinn ja immer wesentlich höher ist als derjenige seiner Angestellten [1]). Der „Unternehmerlohn" ist also als Teil des Reingewinns anzusehen. Dasselbe gilt von der Verzinsung des Kapitals, sie ist ebenfalls nicht abzugsfähig, sondern Teil des Gesamtgewinns. Gemeint ist hiermit selbstverständlich nicht die Verzinsung für fremdes, im Geschäft investiertes Kapital, dessen Verzinsung selbstverständlich den Gewinn mindert [2]), sondern das vom Unternehmer selbst eingelegte; auch dessen Verzinsung wird wirtschaftlich nach üblichen Sätzen berechnet, nämlich nach dem Betrag, der sich ergeben würde, wenn der Unternehmer an Stelle des eigenen Kapitals fremdes in Anspruch nehmen müßte. In diesem Fall sind Arbeit und Kapital am Ergebnis des Zusammenwirkens, dem Gewinn, in gleicher Weise beteiligt und keines kann das Recht beanspruchen, aus ihm vorab befriedigt zu werden. Natürlich schließt das nicht aus, daß hier wie im Fall des Unternehmerlohns eine gegenteilige Vereinbarung getroffen wird, aber ohne eine solche gilt das Gesagte [3]). — Ist das Kapital zwar fremdes, ist für seine Überlassung aber an Stelle oder neben dem Zins Beteiligung am Gewinn zugesagt, so erhebt sich die Streitfrage, ob diese Gewinnbeteiligung gegenüber einer solchen des Angestellten in Abzug gebracht werden darf oder nicht. Diese Frage gilt gleich, ob es sich um partiarisches Darlehen oder die Gewinnbeteiligung eines stillen Gesellschafters handelt, ja man kann weitergehend sagen, auch der Fall, daß mehrere oder alle Angestellte am Gewinn teilnehmen, ist ebenso zu entscheiden. Es handelt sich also um ein allgemeines Problem der Rangordnung [4]). Zweifelsfrei ist das Rangverhältnis unter den Angestellten derart, daß der Anteil eines jeden von der vollen Summe des Reingewinns berechnet wird und nicht so, daß der Anteil des einen berechnet und vom Gewinnergebnis abgezogen wird, bevor derjenige des nächsten festgesetzt wird [5]). Für das Verhältnis gegenüber den anderen Gewinnbeteiligten ist das wie gesagt streitig; die eine Ansicht [6]) hält für selbstverständlich, daß diese Gewinnbeteiligung derjenigen des Angestellten vorgehe, da ja ein eigentlicher Reingewinn vor Befriedigung der anderen gar nicht vorliege. Dem hält Trost [7]) m. E. mit Recht entgegen, daß es einen Unterschied mache, ob Kapital gegen feste Verzinsung gegeben wird oder gegen einen Anteil dessen, was bei Verwendung des Kapitals erzielt wird; im letzteren Fall darf der Dritte lediglich erwarten, daß ihm die Gewinnanteile anderer Gewinnbeteiligter nicht als Geschäftsunkosten vorabgezogen werden. Horrwitz [8]) begründete seinen

[1]) Das Beispiel bei Niepoth S. 51 scheint mir einseitig gewählt.

[2]) Sie gehört zu den Unkosten, siehe unten Seite 31; ebenso Titze a. a. O. S. 614 Anm. 10.

[3]) Ebenso Staub Anm. 4 zu § 65, Titze a. a. O. S. 614, Crome a. a. O., Bode S. 16, Trost S. 40/41, Niepoth S. 52/53. OLGR 28, 347, Recht 1914 Nr. 2307, vgl. auch RG J. W. 1900, S. 18 Nr. 27.

[4]) Dies anerkennt auch Trost S. 39.

[5]) So ausdrücklich RG 91, 317 für das Rangverhältnis von Vorstands- und Aufsichtsratstantième.

[6]) Staub Anm. 4 zu § 65, allerdings nur bezüglich der Darlehensgläubiger, nicht bezüglich stiller Gesellschafter, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59.

[7]) Seite 40.

[8]) Seite 94.

mit Staub übereinſtimmenden Standpunkt mit der Stellung des Prinzipals als ſolcher. Aus ſeiner übergeordneten Stellung gegenüber dem Angeſtellten könne er auch das Recht herleiten, eine Vorwegbefriedigung aus dem Gewinn zu deſſen Nachteil zu geſtatten. Selbſtverſtändlich iſt eine ſolche Vereinbarung zuläſſig, nur iſt nicht ohne weiteres anzunehmen, daß die Gewinnbeteiligung des Angeſtellten derjenigen des Dritten nachſtehe, ſondern es bedarf hiezu ſeiner Zuſtimmung. Fehlt es daran, ſo kann die Vereinbarung zwiſchen Prinzipal und Drittem nur den Sinn haben, daß der erſtere letzterem gegenüber die Gewinnanteile des Angeſtellten nicht als Geſchäftsunkoſten anſetzen darf. Weiterhin darf der Prinzipal dem Angeſtellten gegenüber aber auch nicht die Abfindungsſumme für einen anderen Gewinnbeteiligten als Geſchäftsunkoſten vom Gewinn abſetzen [1]). — Zuſammenfaſſend iſt alſo zu ſagen: der Reingewinn iſt das geſamte „Unternehmereinkommen" im volkswirtſchaftlichen Sinn, nicht nur der eigentliche „Unternehmergewinn". An dieſem nehmen mehrere Gewinnbeteiligte im allgemeinen in gleicher Rangordnung teil, ohne Rückſicht auf den Rechtsgrund der Gewinnbeteiligung.

Nach Erörterung dieſer Vorfragen iſt zu unterſuchen, was nun eigentlich unter Reingewinn zu verſtehen iſt. Es herrſcht in der Literatur Übereinſtimmung darüber, daß es ſich um den Bruttogewinn nach Abzug aller Unkoſten und Abſchreibungen handelt [2]). Unkoſten ſind die zum Zweck des Geſchäftsbetriebs tatſächlich gemachten Aufwendungen. Zu ihnen gehören die feſten Bezüge der Arbeiter und Angeſtellten des Unternehmens, die Aufwendung für Reparaturen, ſoweit dieſe nicht wertſteigernd ſind, Ausgaben zur Unterhaltung des laufenden Geſchäftsbetriebs, Zinſen für Darlehen (ſ. o.) und ähnliches. Nicht dagegen die Ausgaben für außergewöhnliche, nicht nur der Ergänzung verbrauchten oder abgenützten Materials dienende Anſchaffung. Dieſe bilden gewiſſermaßen eine Komplementärerſcheinung zum Gewinn aus der Veräußerung von Betriebsgrundlagen, und wie dieſer dem Angeſtellten gegenüber nicht als Gewinn erſcheint, ſollen auch die außergewöhnlichen Auslagen bei ihm nicht als Betriebsunkoſten abgezogen werden [3]). Zu den Unkoſten ſind auch ſolche Steuern zu rechnen, die nicht lediglich das Geſchäft als ſolches treffen, ſondern bei denen der Geſchäftsinhaber perſönlich der Steuerſchuldner iſt. Dasſelbe gilt von Steuerſtrafen, Geldſtrafen für ſtrafrechtliche Verfehlungen und Rückſtellungen für derartige Strafen und damit verbundene Koſten [4]), wie überhaupt von allen perſönlichen Ausgaben. — Unter Abſchreibungen verſteht man Buchungen, die vorgenommen werden, um nicht für das im Betrieb inveſtierte Vermögen einen höheren Buchwert auszuweiſen, als es infolge Verringerung, Verſchlechterung und Wertminderung tatſächlich hat. An ſich müſſen alle Vermögensſtücke des Unternehmens nach ihrem wahren Wert angeſetzt werden, alſo unter Berückſichtigung des konkreten Maßes der Abnützung im betreffenden Betrieb nach dem Wert, den ſie für eben dieſen Betrieb haben. Denn nicht der gemeine Wert, ſondern derjenige für das betreffende Geſchäft iſt maßgebend [5]). Dabei ſind be-

[1]) Bolze 19 Nr. 33, ebenſo Makower Anm. IIb 3 zu § 59. Vgl. zu dieſer Frage Troſt S. 39/40.
[2]) Crome S. 233, Staub Anm. 4 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59.
[3]) Vgl. Steinkopf S. 36; a. A. Crome S. 211, Bode S. 16.
[4]) Vgl. Staub Anm. 4 zu § 65, Troſt S. 38f., RG i. Recht 1921, Rechtſprechungsbeil. Nr. 862.
[5]) Crome S. 237, Bode S. 17, Troſt S. 28.

greiflicherweise Willkürlichkeiten nicht zu vermeiden. Daher ist es allgemeiner Geschäftsgebrauch, insbesondere bei größeren Unternehmungen, geworden einen bestimmten Prozentsatz des Anschaffungswerts als Pauschalsumme für Abschreibungen zu reservieren. Dies ist die sogenannte Amortisationsquote. Aber auch hiebei ist der Umfang der zulässigen Abschreibungen oft recht schwer zu bestimmen. Auf diese Frage ist weiter unten näher einzugehen, zunächst ist die Art der Berechnung des Gewinns zu besprechen.

Der Festsetzung des Reingewinns liegt ein dreifacher Vorgang zu Grunde. Zunächst erfolgt im Inventar eine Zusammenstellung der Vermögenswerte und Verpflichtungen des Geschäftsbetriebs, die Bilanz bildet eine summarische Gegenüberstellung dieses Vermögensstandes, die die Höhe des im Geschäft steckenden schuldenfreien Reinvermögens zeigt, bezw. diejenige der Schulden aufweist. Diese Vermögensbilanz kommt natürlich für die Berechnung des Gewinns, der nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung derjenige eines bestimmten Zeitabschnitts sein muß, nicht in Frage, da sie nur die vorhandenen Vermögenswerte aufweist, nicht aber den Ertrag, den der Geschäftsbetrieb in dem betreffenden Zeitraum abgeworfen hat. Hiezu bedarf es noch der Gegenüberstellung mit der vorhergehenden Bilanz in der sogenannten Gewinn-Verlustrechnung. Michels [1]) bemerkt daher mit Recht, es sei eine inkorrekte Ausdrucksweise, daß die nach kaufmännischen Grundsätzen aufgestellte Bilanz für die Berechnung der Gewinnbeteiligung maßgebend sei [2]); wir haben gezeigt, daß diese nur den Vermögensstand zu einem bestimmten Zeitpunkt ergibt, nicht das Betriebsergebnis. Zur Aufstellung einer solchen Gewinn-Verlustrechnung sind gesetzlich nur die Aktiengesellschaft [3]), die Kommanditgesellschaft auf Aktien [3]), und die Gesellschaft m. b. H. [3]) verpflichtet, nicht aber Einzelkaufmann [3]), offene Handelsgesellschaft [3]) und Genossenschaften [3]). Soweit eine solche öffentlichrechtliche Verpflichtung nicht besteht, muß dem Angestellten auf Grund des Anstellungsvertrags, in dem Gewinnbeteiligung vereinbart ist, der Anspruch auf Zusammenstellung des Geschäftsergebnisses nach Treu und Glauben zugebilligt werden. Denn er ist notwendige Vorbedingung für die Geltendmachung des Gewinnbeteiligungsanspruchs. Einer analogen Anwendung des § 120 Abs. 1 HGB bedarf es demnach gar nicht [4]). — Die Bilanz ist aufzustellen nach den gesetzlichen Vorschriften und den im kaufmännischen Verkehr üblichen Gepflogenheiten. Die Vorschriften der §§ 39/40 HGB bestimmen den Ansatz der Vermögensbestände nach deren wahrem Wert. Dies bedingt die Notwendigkeit der oben dargestellten Abschreibungen. Ein objektiv richtiges Ergebnis wird dabei vielfach, wie schon oben erwähnt, nicht zu ermitteln sein. Das ist auch nicht erforderlich und der Sinn der gesetzlichen Vorschriften; diese wollen vielmehr nur eine Höherbewertung gegenüber dem tatsächlichen Wert verhindern. Infolgedessen hat sich der kaufmännische Brauch ent-

[1]) Im Recht 1912, S. 618.

[2]) Einer solchen bedient sich auch das öster. Bundesgesetz vom 11. 5. 1921 (Angestelltengesetz), BGBl. Nr. 292, wenn es in § 14 bestimmt, daß bei Vereinbarung von Gewinnbeteiligung die Abrechnung auf Grund der Bilanz stattfindet.

[3]) Vgl. § 261, § 320 Abs. 3 i. V. § 261 HGB, § 41 Abs. 2 G. m. b. H.-Ges. mit § 39 Abs. 2 HGB, § 120 HGB und dessen Stellung! und § 33 Gen. Ges.

[4]) Könige-Teichmannn-Köhler Anm. 2 zu § 65, Steink. S. 39, Bode S. 15, Michels i. Recht 1912 S. 618, Trost S. 27, RG J. W. 1900, 18 Nr. 27. A. A. Staub Anm. 4 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Goldmann Anm. 3 A I 2 b zu § 59, Horrwitz S. 93, RG LZ 1910, 212 Nr. 4, 1913, 763, im Anschluß an ROHG 17, 276.

wickelt, durch Unterbewertung des Geschäftsvermögens, bezw. höhere Abschreibungen als den Mindestanforderungen des Gesetzes entspricht, sogenannte „stille Reserven" anzulegen und damit den tatsächlichen Wert des Geschäftsvermögens gegenüber seinem Buchwert zu erhöhen. Hierbei erhebt sich aber die Frage, wie weit solche Abschreibungen gegenüber den gewinnbeteiligten Angestellten zulässig sind. Grundsätzlich ist zu bemerken, daß diese nicht darauf verwiesen werden können, die Abschreibungen kommen auch ihnen zugute, da sie die geschäftliche Grundlage verbessern, die Erfolgsmöglichkeiten des Unternehmens steigern und damit durch höhere Gewinnbeteiligung in der Zukunft auch ihnen Vorteile bringen. Denn der Angestellte ist nicht wie der Geschäftsherr dauernd an dem Unternehmen interessiert, sondern nur solange er ihm dient; scheidet er aus, so hat er die Vergütung für seine Arbeit verloren [1]). Andererseits ist er nicht Gesellschafter, die Geschäftsleitung steht dem Prinzipal ausschließlich zu. Diese umfaßt auch das Recht der Bilanzaufstellung und damit der Abschreibungen der im Betrieb steckenden Werte nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen [2]). Der Prinzipal hat hierbei einen gewissen Spielraum und ist nur insoweit gebunden, als er sich nicht in Widerspruch zu den Grundsätzen von Treu und Glauben, zu den „in soliden Geschäften gleicher Art herrschenden allgemeinen Gebräuchen und Gepflogenheiten" setzen darf [3]). Mit dieser Beschränkung unterwirft sich der Angestellte dem im Geschäft herrschenden Brauch [4]). Sind dagegen die Abschreibungen im Vergleich zu früheren Jahren oder dem in Geschäften gleicher Art und Größe allgemein herrschenden Brauch außergewöhnlich hoch, so kann er mit dem Hinweis darauf den Prima-facie-Beweis offenbarer Unbilligkeit (s. u.) der Ansätze erbringen. Der Prinzipal hat alsdann darzutun, daß diese durch erhöhte Abnützung oder die allgemeine Lage des Geschäfts bedingt waren [5]). Denn der Angestellte hat mit seinen Ausführungen dargetan, daß die erhöhten Abschreibungen nach den gewöhnlichen Erfahrungen des Lebens auf grobem Mißbrauch des freien Ermessens des Prinzipals beruhen. Aus der Regelwidrigkeit muß die Folgerung gezogen werden, daß nur vertragswidriges Verhalten des Prinzipals der Grund der veränderten Bilanzierung ist. — Hat der Angestellte aber von Anfang an nichts gegen die Art der Abschreibung eingewandt, so kann er das auch später nicht mehr tun, es sei denn, er erbringt den Nachweis veränderter Umstände. Andererseits muß der Prinzipal die gewöhnliche und ordnungsmäßig von ihm aufgestellte Bilanz gegen sich gelten lassen und kann nicht eine besondere Bewertung zur Grundlage einer Sonderbilanz für die Berechnung des Gewinnanteils machen. Ist die aufgestellte Bilanz infolge irrtümlicher Ansätze falsch, so gilt sie gegenüber dem Angestellten doch so lange, bis sie ordnungsmäßig abgeändert ist [6]). Alsdann kann

[1]) Crome S. 239 Anm. 19.
[2]) OLGR 2, 248.
[3]) Bode S. 17; vgl. Crome S. 237, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59, Steinkopf S. 36, Trost S. 29/30.
[4]) Ähnlich Bode S. 17, Trost S. 30. Vgl. auch Düringer-Hachenburg Anm. 13 zu § 40.
[5]) A. A. Niepoth S. 49, der den Angestellten hiefür beweispflichtig erklärt. Dies würde m. E. für ihn eine gar nicht erforderliche Erschwerung der Beweislast, ja vielfach wohl eine Unmöglichkeit des Beweisantritts bedeuten. Vielmehr hat der Prinzipal die Pflicht zur Darlegung des Gegenteils, diese ist ihm auch mit Rücksicht auf die Stellung des Angestellten aufzuerlegen. — Vgl. auch Staub Anm. 4c zu § 65 und KG J. W. 1924, 545 Nr. 3 und Anm. über die Darlegungspflicht des Angestellten im allgemeinen; Rosenberg Beweislast S. 210 ff.
[6]) RG 11, 160 ff., allerdings für die Bilanz einer AG., ebenso Recht 1911, S. 341.

der Prinzipal allerdings auf Grund der irrtümlichen Berechnung etwa zu viel Bezahltes nach Bereicherungsgrundſätzen zurückverlangen. Ebenſo hat er, wenn er durch Mitteilung der irrtümlichen Berechnung ſeine Verbindlichkeit anerkannt hat, während dieſe infolge des Irrtums zu ſeinen Ungunſten nicht voll beſteht, ohne rechtlichen Grund geleiſtet und kann kondizieren, ſoweit der Angeſtellte noch bereichert iſt. Dies geſchieht in der Weiſe, daß er erklärt, er werde nicht mehr bezahlen, als ſich nach Berichtigung der Bilanz ergebe, §§ 812 Abſ. 2, 818 Abſ. 3 und 821 BGB. Wurde die Bilanz von ihm bewußt zu günſtig aufgenommen, ſo iſt er inſoweit zur Zahlung verpflichtet und kann auch zu viel Geleiſtetes nicht zurückfordern, § 814 BGB. Nur wenn der Angeſtellte aus irgend welchen Gründen dieſe Tatſache kannte, greift § 819 BGB ein[1]). Der Angeſtellte muß alſo die Anſätze der Bilanz, ſoweit ſie innerhalb der Grenzen des billigen Ermeſſens liegen, unbedingt gegen ſich gelten laſſen. Nur offenbare Unbilligkeit, grobe Willkür, Argliſt oder Chikane des Prinzipals beim Anſetzen der Werte braucht er ſich nicht gefallen zu laſſen[2]). Dieſe Auffaſſung iſt allerdings nicht ganz unbeſtritten: Neukamp[3]) beſchränkt die Rechte des Angeſtellten auf den Fall argliſtiger Schädigung durch den Prinzipal, Horrwitz[4]) dehnt ſie aus auf den Fall objektiver Unrichtigkeit der Bilanz. Die letztere Auffaſſung geht jedoch zu weit: eine diesbezügliche Behauptung iſt unerheblich und eine Bemängelung der Anſätze nicht möglich, wenn dieſe in dem betreffenden Geſchäft üblich ſind. Andererſeits würde man, wenn man der Anſicht Neukamps folgte, den Angeſtellten allzuſehr dem Belieben des Prinzipals bezüglich der Bilanzanſätze ausliefern, es iſt daher der herrſchenden Anſicht zuzuſtimmen. Über die Rechte des Angeſtellten in dieſen Fällen iſt weiter unten zu handeln[5]).

Es ſoll hier noch auf die Beſonderheit eingegangen werden, die die Gewinnbeteiligung bei den juriſtiſchen Perſonen des Handelsrechts mit ihren ausführlichen Bilanzvorſchriften bietet. In erſter Linie erhebt ſich die Frage, ob die gewinnbeteiligten Angeſtellten dieſer Geſellſchaften auch den Berechnungsbeſchränkungen des § 237 HGB unterworfen ſein ſollen. An einem entſprechenden geſetzlichen Hinweis hierfür fehlt es. Trotzdem iſt davon auszugehen, daß nach dem Willen der Parteien die Grundlage der Gewinnberechnung im Zweifel die von den maßgebenden Organen genehmigte Bilanz nebſt Gewinn- und Verluſtrechnung ſein ſoll. Denn es iſt nicht anzunehmen, daß die Parteien mit der Abrede der Gewinnbeteiligung zugleich vereinbaren wollten, daß es für den oder die Angeſtellten der Aufſtellung einer beſonderen Bilanz mit Gewinn- oder Verluſtrechnung bedürfte. Weiterhin wird man aber auch die Vorſchriften des § 237 HGB im Zweifel gegenüber dem gewinnbeteiligten Angeſtellten anwenden können[6]), da im Zweifel der Wille der Parteien dahinging, die Gewinnanteile von ein und demſelben Betrage feſtzuſetzen. Selbſt-

[1]) Vgl. Troſt S. 24/25.
[2]) Staub Anm. 9 zu § 65, Makower Anm. IIb zu § 59, Crome S. 237, Bolze 13 Nr. 182, OLGR 2 S. 248, KGBl 03 S. 7.
[3]) „Das Dogma von der Bilanzwahrheit" ZHR 48, 480 Anm. 10.
[4]) Seite 93.
[5]) § 6 III der Arbeit.
[6]) Michels im Recht 1912 S. 617, Titze a. a. O. S. 616 ff., Staub Anm. 4a zu § 65, OLGR (Breslau) 28, 181. Ebenſo RG 11, 163, wenigſtens für die erſte Frage. A. A. insbeſondere Crome S. 237. 240, Troſt S. 51, Niepoth S. 59, unter ſich wieder verſchieden. In gewiſſem Sinn auch Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, nämlich für den Fall der Beſtimmung durch die Statuten.

verſtändlich kann eine andere vertragliche Vereinbarung vorgenommen werden; in dieſem Fall hat für Vorſtand und Angeſtellte verſchiedene Gewinnberechnung ſtattzufinden[1]). Um möglichen Streitfällen zu entgehen, wird von den Aktiengeſellſchaften in neuerer Zeit vielfach ein Ausweg gewählt, indem ſie ihren Angeſtellten eine Gewinnbeteiligung in Höhe der auf eine beſtimmte Aktienzahl zur Verteilung kommenden Dividende verſprechen[2]). Dieſe Abmachung hat den Vorteil unbedingter Deutlichkeit, den Nachteil, daß der Angeſtellte von beſchloſſenen Rücklagen keine Gewinnbeteiligung erhält, auch wenn ſie nur einer zahlenmäßigen Abrundung der Bilanz dienen. Da dies aber auch bei der Regelung nach § 237 HGB der Fall iſt[3]), ſo ſtehen die Angeſtellten bei beiden Arten der Regelung gleich, denn ſie müſſen die Bilanz nach den oben dargeſtellten Grundſätzen gegen ſich gelten laſſen.

Gegen dieſe Auffaſſung wird hauptſächlich aus dem Grund Stellung genommen, weil dann[3]) der Gewinnanteil lediglich von dem zur Verteilung gelangenden Teil des Betriebsgewinns zu berechnen wäre; dies entſpreche der Stellung der Aktionäre, denen auch ein nicht verteilter Gewinn durch Stärkung des inneren Werts des Unternehmens und Erhöhung des Aktienkurſes zugute komme, nicht aber derjenigen des Angeſtellten, der daran nicht teilhabe, ſondern lediglich auf den tatſächlich erzielten Betriebsgewinn angewieſen ſei. Allenfalls ſei die Vorſchrift des § 237 HGB beim Vorſtand gerechtfertigt, der durch ſein weitgehendes Vorſchlagsrecht großen Einfluß auf die Höhe der Rücklagen ausüben könne[4]). Eine gewiſſe Berechtigung iſt dieſem Standpunkt nicht abzuſprechen. Doch muß ihm entgegengehalten werden, daß ſich die Aktiengeſellſchaften ſelten bereit finden werden, verſchiedene Berechnungsarten der Gewinnbeteiligung zu Grunde zu legen, ſondern entſprechend der allgemeinen Entwicklung im Arbeitsvertragsrecht auch hier ſich das Beſtreben nach Vereinheitlichung und Typiſierung zeigt. Weiterhin iſt aber zu bemerken, daß der Vorſtand im Verhältnis zur Aktiengeſellſchaft eben auch nur ein Angeſtellter iſt, wenn auch ſeine Machtbefugniſſe nach außen diejenigen der gewöhnlichen Angeſtellten weit überſchreiten. Praktiſche Erwägungen und die Anſchauungen des Verkehrs führen dazu, die oben dargelegte Anſicht als im Zweifelsfall dem Parteiwillen entſprechend anzuſehen. Denn die Aufſtellung verſchiedener Bilanzen wäre zu verwickelt und ſtünde nicht im Einklang mit der kaufmänniſchen Geſchäftsführung und darum auch nicht mit der den Sinn der Gewinnbeteiligungsabrede beherrſchenden Verkehrsſitte[5]).

Die Berechnung des Gewinnanteils hat alſo nach den Vorſchriften des § 237 HGB zu erfolgen. Die Auslegung dieſer Vorſchrift hat eine Menge von Streitfragen hervorgerufen, die reiche literariſche Bearbeitung fanden[6]). Der Streit konzentrierte ſich allmählich auf drei Fragen: Die Bedeutung der Worte „Anteil am Jahresgewinn", diejenige des Wortes „Reingewinn" in den verſchiedenen Geſetzesſtellen, an denen es vorkommt, und endlich diejenige der Worte „ſämtliche Abſchreibungen und Rück-

[1]) Fuchs in LZ 1915 S. 617; vgl. die in der vorhergehenden Anmerkung Zitierten.
[2]) Vgl. auch OLGR. 28, 181.
[3]) Darüber Näheres unten S. 36f., insbeſondere S. 37.
[4]) Vgl. Anm. 6, S. 34 als mit gegenteiliger Meinung Zitierte.
[5]) So insbeſondere Titze a. a. O. S. 617/618.
[6]) Vgl. insbeſondere Pollman und Keilpflug und die dort Angeführten.

lagen“ [1]). Auch dieſer Streit dürfte heute als erledigt anzuſehen ſein. Die erſte Stelle bedeutet nach allgemein herrſchender Meinung [2]) eine Zuſammenfaſſung aller Fälle, in denen „ein Anteil am Gewinn vereinbart iſt, alſo nicht nur, wenn ein Anteil vom Reingewinn, ſondern auch wenn er vom Bruttogewinn berechnet werden ſoll“, d. h. eine möglichſt weite Umſchreibung des Begriffs „Tantième“. Unter Reingewinn verſteht die herrſchende Lehre [3]) den Bruttogewinn nach Abzug von Unkoſten, Abſchreibungen und Rücklagen, wie ſie eine ordnungsmäßig aufgeſtellte Bilanz erfordert, mit anderen Worten den bilanzmäßigen Jahresreingewinn, wie er ſich aus Gewinn- und Verluſtrechnung des betreffenden Jahres ergibt. Dieſer kann ein verteilbarer ſein oder ein Reingewinnrreſt, wie ein Vergleich der §§ 215, 237 HGB ergibt. Der Reingewinnbegriff des Handelsgeſetzbuchs iſt alſo kein einheitlicher. Der Klarſtellung der Begriffe „ſämtliche Abſchreibungen und Rücklagen“ hat ſich insbeſondere das Reichsgericht angenommen [4]). Über den Begriff der Abſchreibungen vergleiche oben [5]). Es ſtehen geſetzliche (§ 261 Ziff. 1-3 HGB) und freiwillige gleich, und dieſe, ob ſie auf der Vereinsſatzung beruhen oder auf einmaligem Generalverſammlungsbeſchluß; es iſt belanglos, ob ſie auf einem beſonderen Erneuerungs- oder Delkrederekonto — ſogenannte unechte Reſervefonds — erſcheinen oder die abzuſchreibenden Gegenſtände auf der Aktivſeite geringer bewertet werden. Dagegen ſind echte Reſervefonds ſolche, die Gewinn zum Zweck der Sicherung des Unternehmens dauernd oder auf eine gewiſſe Zeit reſervieren. Dieſe können nur aus dem Betriebsgewinn entnommen werden, während die anderen den Betriebsgewinn erſt entſtehen laſſen. Der Unterſchied zwiſchen Abſchreibungen und Rücklagen iſt alſo ſachlich im weſentlichen derſelbe wie zwiſchen unechten und echten Reſerven. Allerdings gibt es auch hier geſetzliche Rücklagen nach § 262 HGB und andererſeits freiwillige, die entweder auf der Satzung beruhen oder von der Generalverſammlung im Einzelfall beſchloſſen werden. Der Unterſchied zwiſchen Reſervefond und Rücklage muß dagegen ſo formuliert werden, daß zwar ein echter Reſervefond immer Rücklage, nicht jede Rücklage aber Reſervefond iſt, denn der Begriff der Rücklage umfaßt auch ſolche Gewinnteile, die nicht länger (ſ. o.) für die Zwecke der Geſellſchaft zurückgehalten werden, ſondern alsbald im neuen Geſchäftsjahr Verwendung finden ſollen [6]). Daher fallen hierunter auch Zuwendungen für ſoziale Zwecke, gleichgültig, ob die bedachten Fonds beſondere juriſtiſche Perſönlichkeit haben oder nicht [6]). Ebenſo iſt der Rücklagencharakter eines Amortiſationsfonds nicht beſtreitbar [7]). — Beſonderer Streit herrſchte über die Rücklagennatur des Gewinnvortrags; auch hier hat das Reichsgericht meiner Anſicht nach richtig und wohlbegründet Klarheit geſchaffen [6]). Demnach iſt der aus dem Vorjahr übertragene Gewinnpoſten nicht Rücklage und zur Gewinnbeteiligung heranzuziehen: denn er hat ſeine Selbſtändigkeit verloren und beſitzt nur die Fähigkeit, als einer der verſchiedenen Rechnungsfaktoren Gewinn herbeizuführen oder Verluſt zu mindern. Anders der Gewinnvortrag des laufenden Jahres. Denn dieſer wird ja nicht verteilt, und Rücklage iſt alles, was nicht verteilt wird, ſondern zur Verfügung der Geſell-

[1]) Keilpflug S. 22.
[2]) Vgl. insbeſondere Staub Anm. 5 zu § 237.
[3]) Vgl. oben bei Anm. 2 S. 31.
[4]) Vgl. hauptſächlich die Entſcheidungen 91, 314 ff. und 316 ff.
[5]) Vor Anm. 5 S. 31.
[6]) RG 91, 314, 315. Im letzteren Fall a. A. Keilpflug S. 65.66. [7]) Keilpflug S. 69.

ſchaft bleibt. Daß es dabei gleichgültig ſein kann, ob der betreffende Betrag auf dem Gewinnſaldo belaſſen oder von dort auf ein Sonderreſervekonto übertragen wird, führt das Reichsgericht m. E. überzeugend aus; ebenſowenig kommt es darauf an, ob die Generalverſammlung beſchloſſen hat, einen Betrag nur für dieſes Bilanzjahr nicht zu verteilen, denn auch nur für kurze Zeit beſtimmtes Zurückhalten genügt. Der Gewinnvortrag iſt alſo in ſeinem Entſtehungsjahr echte Rücklage und demnach bei der Berechnung des Gewinnanteils abzuſetzen [1]). — Zuſammenfaſſend iſt daher zu ſagen, daß der verbleibende Reingewinn, der für die Berechnung der Anteile der gewinnbeteiligten Angeſtellten maßgebend iſt, gleichbedeutend iſt mit dem zur Verteilung gelangenden Reingewinn [2]). Hieraus folgt allerdings, daß der Angeſtellte entgegen den allgemeinen, ſonſt geltenden und oben dargeſtellten Regeln für das Gewinnbeteiligungsverhältnis bei den juriſtiſchen Perſonen des Handelsrechts am Verluſt teilnimmt, wenn in der Bilanz ein Verluſtvortrag aus früheren Jahren enthalten iſt. Dafür nimmt er aber auch, wenn ein Gewinnvortrag in der Bilanz ſteckt, an einem der Vergangenheit angehörenden Gewinn teil, ſelbſt wenn er zur Zeit der Entſtehung des Gewinns noch nicht Angeſtellter der Geſellſchaft war. Dieſe Folgerungen ſind aus der dargelegten Anſicht zu ziehen [3]).

Eine Beſonderheit für die Gewinnberechnung kann ſich weiterhin in dem Fall ergeben, daß der Angeſtellte nur am Gewinn einer Abteilung des Unternehmens oder dem eines Geſchäftszweigs beteiligt iſt [4]). Dieſe ſind nicht ſelbſtändige Unternehmen, ſondern begrifflich Beſtandteile des Geſamtunternehmens, und nur dieſes wirft Gewinn ab. Die Vertragsabrede iſt daher ſo auszulegen, daß die betreffende Abteilung im Wege der Fiktion wie ein ſelbſtändiges Unternehmen behandelt und für ſie getrennt das Jahresergebnis berechnet werden ſoll. Hiebei kann jedoch erheblicher Streit darüber entſtehen, ob und in welchem Umfang die ſogenannten „Generalunkoſten", d. h. gewinnmindernde Momente, die ihren Grund nicht in dem Betrieb des Geſchäftszweigs oder der Geſchäftsabteilung als ſolchen haben, vom Gewinn dieſer abzuſetzen ſind. Maßgebend iſt natürlich die Auslegung des Anſtellungsvertrags [5]); da aber auch aus ihm im Fall der Zuläſſigkeit des Abzugs ſich oft kein gerechter Maßſtab für die Verteilung ergibt, erhebt ſich die Frage, was von den allgemeinen Laſten im Normalfall vom Gewinn der Abteilung abgezogen werden darf. Dieſe Belaſtung darf im Zweifel — es iſt ja bei der ganzen Arbeit vorausgeſetzt, daß ſich kein anderer Vertragswille der Parteien ergibt — nicht nach dem Verhältnis des in der Abteilung erzielten Bruttogewinns erfolgen, ſondern nur, ſoweit ein Nachweis erfolgt oder doch glaubhaft gemacht wird, daß von den zu verteilenden Geſamtunkoſten ein entſprechender Teil durch die Tätigkeit der Abteilung verbraucht wurde oder für die Abteilung aufgewendet werden mußte. Einen ſolchen Maßſtab bieten am einwandfreieſten die bezahlten Löhne und Gehälter. — Zur Vermeidung der Streitfragen und drohenden Streitfälle vereinbart man vielfach ſogenannte Berechnung des Reingewinns „in der Abteilung". Man beſchränkt ſich darauf, den Reingewinn der Abteilung unter Berückſichti-

[1]) So ſchon J. W. 1905, 345 Nr. 22, LG Stuttgart in Z. f. Hdls.-Wiſſenſch. und Praxis 5, 16 und LG Kolmar in Bauer 22, 74.
[2]) Ebenſo Steinkopf S. 38.
[3]) Übereinſtimmend Staub Anm. 11 zu § 237, Titze a. a. O. S. 617.
[4]) Vgl. insbeſondere Dietz in LZ 1920 S. 782 ff. und 821 ff.
[5]) LZ 1910 S. 212 Nr. 4, Staub Anm. 11 zu § 65.

gung nur der in ihr unmittelbar aufgewandten und notwendigen Unkoſten und Anſchaffungen zu berechnen und von einer Verteilung der Generalunkoſten ganz abzuſehen. Dieſe Berechnungsart bietet erhebliche Vorteile, insbeſondere durch die Vereinfachung, und findet dadurch in kaufmänniſchen Kreiſen weitgehend Anklang. Man kann daher m. E. ſagen, es entſpreche dem, wenn auch nicht ausgeſprochenen Willen der Parteien, daß bei Beteiligung an einer Geſchäftsabteilung oder einem Geſchäftszweig dieſe Art der Bilanzaufſtellung der Gewinnberechnung zu Grunde zu legen iſt.

Wir haben bei der Begriffsbeſtimmung der Gewinnbeteiligung geſehen, daß die Zuſammenſtellung des Gewinns nicht nach Belieben hinausgeſchoben werden darf, ſondern nach Ablauf eines beſtimmten Zeitraums zu erfolgen hat, um dem Angeſtellten tatſächlich auch einen Erfolg ſeiner Arbeit zukommen zu laſſen. Die Bemeſſung dieſer Gewinnfeſtſetzungsperiode ſteht natürlich in erſter Linie im Belieben der Parteien. Da aber, wie wir weiter geſehen haben, die Berechnung des Gewinnanteils auf der Grundlage kaufmänniſcher Bilanz und Gewinn- und Verluſtrechnung erfolgt, bieten die Vorſchriften über dieſe ſelbſt den Anhaltspunkt für den Zeitpunkt der Gewinnfeſtſetzung [1]). Er iſt nach § 39 HGB der Schluß des Geſchäftsjahrs; auf dieſen Zeitpunkt hat die Berechnung zu erfolgen. Darnach beginnen Arbeit und Erfolg von neuem [2]). Der Angeſtellte muß alſo auf alle Fälle den Ablauf dieſes Berechnungszeitraums abwarten, bevor er mit ſeinem Anſpruch auf den Gewinnanteil hervortreten kann. Aber erſt auf Grund der tatſächlich erfolgten Gewinnberechnung kann ja der aus dem Beteiligungsrecht fließende Anſpruch konkretiſiert und damit zu einer liquiden Forderung werden. Bis dahin iſt er, wie ſchon oben erwähnt wurde, betagt [3]). — Selbſtverſtändlich bedarf es zu der Berechnung als einer oft ſehr ſchwierigen Operation eines gewiſſen Spielraums, den das Geſetz je nach dem Umfang der vorzunehmenden Arbeiten größer oder kleiner bemißt [4]). Dieſer iſt für die Fälligkeit des Anſpruchs inſofern von Bedeutung, als der Angeſtellte weder vorher eine Zahlung fordern kann, noch der Prinzipal eine ſolche zu leiſten braucht, da die Gewinnberechnung Grundlage des Anſpruchs des Angeſtellten iſt. Doch hat er ſchon vor ihrer Aufſtellung ein ſubjektives Recht auf den ſich durch ſie ſpäter ergebenden Gewinnanteil von dem Zeitpunkt ab, für den die Berechnung aufgeſtellt werden muß. Dieſes Recht iſt z. B. abtretbar und pfändbar [5]). Es kann durch ſpätere Veränderung der Umſtände nicht mehr verloren gehen, insbeſondere berührt es das Recht des Angeſtellten nicht, wenn nach Ablauf des Gewinnberechnungszeitraums, aber vor Aufſtellung der Gewinnberechnung oder Auszahlung des Gewinnanteils Verluſte eintreten, die den entſtandenen Gewinn mindern oder wegfallen laſſen [6]).

[1]) Crome S. 218, Titze a. a. O. S. 611, Bode S. 15, Troſt S. 22/23.
[2]) ROHG 6, 25 ff.
[3]) Vgl. Crome S. 218 gegen Steinkopf S. 42.
[4]) Vgl. §§ 39 Abſ. 2, 120 Abſ. 1, 260, 320 Abſ. 3 HGB, 41 Abſ. 2 G. m. b. H. Geſ., 33 Abſ. 2 Genoſſ. Geſ.
[5]) Staub Anm. 7 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Nipperdey bei Staudinger Anm. I 5b zu § 611, Titze a. a. O. S. 837, Michels i. R. 1912 S. 619, LZ 1918, 1077 Nr 25. A. A. Crome S. 219, der dem Angeſtellten bereits mit Ablauf der Berechnungsperiode einen feſten Anſpruch zubilligt (Vgl. oben Anm. 3), Bode S. 20, Troſt S. 11/12, unter ſich verſchieden.
[6]) Crome S. 218, Staub Anm. 7 zu § 65, Anm. 4 zu § 40, Bauer 15 S. 93 (OLG Dresden). Außerdem Sächſ. OLG 32 S. 363.

Es gilt der Grundſatz, daß jedes Geſchäftsjahr ausſchließlich für ſich zu betrachten iſt, und weder ſpäterer Gewinn noch ſpäterer Verluſt den Vergütungsanſpruch des Angeſtellten berührt [1]). Daher iſt der Angeſtellte auch nicht an einen Generalverſammlungsbeſchluß gebunden, wonach mit Rückſicht auf den Mangel flüſſiger Mittel oder aus ſonſtigen Gründen eine Verteilung des Gewinns vertagt wird; er kann trotzdem die Bezahlung der durch ſeine Tätigkeit verdienten Vergütung verlangen, und er kann die Entnahme des Gewinnanteils (im Gegenſatz zum Geſellſchafter, § 122 Abſ. 1 HGB) auch dann fordern, wenn dies zum offenbaren Schaden des Geſchäfts gereicht [2]). Denn die Gültigkeit des eben erwähnten Beſchluſſes gegenüber dem Angeſtellten würde eine Entziehung der zugeſicherten Beteiligung am Gewinn für ihn bedeuten. Die Unterwerfung unter den von den Geſellſchaftsorganen ordnungsmäßig aufgeſtellten Jahresabſchluß gilt nur hinſichtlich der Ermittlung des Reingewinns, nicht hinſichtlich der Verwendung des ſich aus dieſer Bilanz ergebenden Reingewinns. Die Beteiligung des Angeſtellten gehört, da Vergütung für Dienſtleiſtungen, den Geſchäftsunkoſten an und geht daher der Dividendenverteilung an die Aktionäre vor [3]). — Zögert der Prinzipal die ordnungsmäßige Aufſtellung der Bilanz mit Gewinn- und Verluſtrechnung — wozu bei der Aktiengeſellſchaft noch die Genehmigung durch die Generalverſammlung, bei der Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung diejenige durch die Geſellſchafter gehört [4]) — ungebührlich und unbegründet hinaus, ſo entſteht der Anſpruch des Angeſtellten auf Auszahlung ſeines Gewinnanteils nicht erſt mit deſſen tatſächlicher Berechnung, ſondern bereits zu dem Zeitpunkt, in dem die Berechnung bei ordnungsmäßigem Geſchäftsgang vom Prinzipal aufgeſtellt ſein müßte [5]). Dies gilt auch für die ungebührliche Verzögerung der Genehmigung bei den juriſtiſchen Perſonen des Handelsrechts, da dieſe Eſſentiale einer ordnungsmäßigen Bilanzaufſtellung iſt. Zuſammenfaſſend kann man alſo ſagen, der Zeitpunkt, für den die Gewinnberechnung erfolgt, fällt praktiſch nie mit dem der tatſächlichen Berechnung zuſammen und braucht es nach geſetzlicher Vorſchrift auch nicht; den Anſpruch auf Auszahlung des Gewinnanteils erwirbt der Angeſtellte normalerweiſe erſt mit der tatſächlichen Berechnung des Geſchäftsgewinns.

Dies führt uns zu der Frage, ob der Angeſtellte, da ja auch nach Ablauf der Gewinnbeteiligungsperiode ſein Anſpruch noch nicht ſofort feſtſteht, auf ſeinen Gewinnanteil Vorſchüſſe verlangen kann? Geſetzlich hat ein ſolches Recht nicht Anerkennung gefunden, es bedarf hiezu einer Vereinbarung der Parteien [6]). Behauptet der Angeſtellte im Prozeß einen Anſpruch auf Vorſchuß zu haben, ſo iſt er hiefür beweispflichtig. Rechtliche Bedenken ſtehen einer ſolchen vertraglichen Vereinbarung nicht entgegen, ſie bedeutet eine teilweiſe Abänderung des Grundſatzes, daß der Arbeitnehmer mit ſeiner Tätigkeit vorleiſtungspflichtig iſt (§ 614 BGB). Die auf ſolche Weiſe dem Angeſtellten gewährten Abſchlagszahlungen ſind daher ihrer rechtlichen Natur nach nicht Darlehen, ſondern Vergütungen für Dienſtleiſtungen. — Iſt dem Angeſtellten die Gewinnbeteiligung

[1]) Staub Anm. 7 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 und 29 zu § 59, ROHG 6, 25, RG 68, 1, OLGR 28, 345.
[2]) Titze a. a. O. S. 614.
[3]) Titze a. a. O. S. 617, Crome S. 239.
[4]) Staub Anm. 8 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59.
[5]) Vgl. die in Anm. 4 Zitierten und Titze a. a. O. S. 837.
[6]) Vgl. Staub Anm. 33 b zu § 59.

bis zu einem gewiſſen Betrag garantiert (ſogenannte „garantierte Tantième"), dann liegt inſoweit gar keine Gewinnbeteiligung vor, ſondern feſter Gehalt, deſſen Zahlung gar nicht von der Erzielung eines Reingewinns abhängig iſt. Dieſer Betrag ſteht ein für allemal feſt, er hat keinerlei Merkmale der Gewinnbeteiligung an ſich. Die Bezeichnung kann nicht zu einer Gleichſtellung mit der Gewinnbeteiligung führen. Daher muß m. E. auch die Beſtimmung des § 64 HGB Anwendung finden[1]). Allgemein herrſchende Anſicht dürfte es jedenfalls ſein, daß die Annahme eines ſelbſtſtändigen Garantievertrags abgelehnt wird[2]): ich konnte in der modernen Literatur, ſoweit ich ſie überſehe, dieſe Auffaſſung nirgends mehr finden, ſie iſt auch durchaus abwegig. Die „garantierte Tantième" iſt aus unſerer Abhandlung vollſtändig auszuſcheiden. Nur für einen evtl. überſchießenden Betrag kommen die Grundſätze der Gewinnbeteiligung zur Anwendung.

Es ſei hier ſchließlich noch auf die Beſonderheit der Gewinnberechnung eingegangen, wenn der Angeſtellte während der Berechnungsperiode aus dem Anſtellungsverhältnis ausſcheidet. Der Geſichtspunkt des § 628 Abſ. 1, Satz 2 BGB dürfte beim kaufmänniſchen Angeſtellten ſelten einmal in Frage kommen[3]). Ebenſowenig kann im Normalfall als Wille der Vertragsparteien angenommen werden, daß der Gewinnanteil nur verdient ſein ſoll, wenn der Angeſtellte die ganze Berechnungsperiode im Geſchäft des Prinzipals tätig war oder doch bis zu der Zeit, in der die den Gewinn hauptſächlich herbeiführenden Geſchäfte abgeſchloſſen werden. Hierfür bedürfte es einer allerdings auch ſtillſchweigend möglichen Vereinbarung[4]). Es liegt zunächſt nahe, aus dem Weſen der Gewinnbeteiligung als einer Beteiligung des Angeſtellten an dem durch ſeine Mithilfe erzielten Ergebnis den Schluß zu ziehen, daß dieſes ſein Recht mit Beendigung ſeiner Tätigkeit aufhört, und daher bei Ausſcheiden aus dem Vertragsverhältnis während der Berechnungsperiode ſein Anteil von der Summe zu berechnen wäre, die eine Gewinnfeſtſetzung auf den Zeitpunkt des Ausſcheidens ergibt. Eine ſolche Bilanz für einen Abſchnitt des Geſchäftsjahres kann der Angeſtellte aber ſchon deshalb nicht verlangen, weil er vereinbarungsgemäß am Gewinn eines Geſchäftsjahres beteiligt iſt und der Gewinn eines Abſchnitts durch den Verluſt des folgenden aufgehoben oder geſchmälert werden kann, oder umgekehrt. In beiden Fällen läge eine Unbilligkeit vor, das eine Mal zu Gunſten des Prinzipals, das andere Mal zu Gunſten des Angeſtellten. Ebenſowenig kann ihn der Prinzipal aber mit einer Zwiſchenbilanz abſpeiſen[5]). Andererſeits kann der Angeſtellte natürlich nicht denſelben Anteil fordern, wie wenn er während der ganzen Berechnungsperiode tätig geweſen wäre. Maßgebend iſt allerdings die Bilanz des betreffenden Geſchäftsjahres, in dem das Ausſcheiden erfolgt, denn der Jahresgewinn iſt der Berechnung zu Grunde zu legen. Dieſe ſelbſt hat aber auf dem durch § 628 Abſ. 1, Satz 1 BGB gewieſenen Wege zu erfolgen, indem der Anteil des Angeſtellten von einem der Dauer der Tätigkeit entſprechenden Bruchteil

[1]) Zuſtimmend Troſt S. 12. A. A. Titze a. a. O. S. 619 und 837 ohne nähere Begründung, offenbar auch Staub Anm. 8 zu § 65. Aber auch dieſe Beiden müſſen zugeben, daß der garantierte Betrag, da es ja nicht darauf ankommt, ob tatſächlich Gewinn erzielt wurde, mit dem Schluß des betreffenden Geſchäftsjahres ohne Rückſicht auf das Vorliegen einer Bilanzaufſtellung fällig iſt.

[2]) Vgl. Titze a. a. O. S. 619.

[3]) Crome S. 249/250.

[4]) ROHG 19, 121 ff.

[5]) Staub Anm. 6 zu § 65, Titze a. a. O. S. 618 und 837, RG i. Recht 1919 Nr. 1177.

des Gesamtgewinns bestimmt wird[1]). Diese Beteiligung pro rata temporis ist im Zweifel als Vertragssinn anzunehmen. Der Angestellte hat auf diesen Anteil, da er Vergütung für Dienstleistung ist, auch dann ein Recht, wenn er sein Ausscheiden durch eigenes vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat; er kann ihn verlangen, ohne Rücksicht auf den Grund der Beendigung des Dienstverhältnisses[2]). Dieses Recht erwirbt er schon mit der Beendigung des Anstellungsvertrags, doch ist der Anspruch, wie überhaupt der Gewinnbeteiligungsanspruch, noch dadurch bedingt, daß tatsächlich ein Gewinnergebnis erzielt wird. Aus diesem Grund kann er erst nach Ablauf der ganzen Berechnungsperiode geltend gemacht werden[3]). Diese Grundsätze gelten analog für den Fall, daß der Angestellte während des Laufs einer Berechnungsperiode in das Geschäft eintritt.

III. Nachdem im vorhergehenden Abschnitt die Berechnung des Gewinnanteils besprochen wurde, muß auch noch die Frage Berücksichtigung finden, welchen Einfluß es auf das Vertragsverhältnis hat, wenn eine der Parteien den Anstellungsvertrag nicht oder nicht richtig erfüllt[4]). Die Gewinnbeteiligung als eine Vergütung des Angestellten nach dem Ergebnis der geleisteten Arbeit legt es zunächst nahe sich zu fragen, ob diesem ein Recht auf die Tätigkeit, mit der sein Verdienst zusammenhängt, eingeräumt werden kann. Anders ausgedrückt, ob den Prinzipal eine Beschäftigungspflicht trifft. Eine solche ist im geltenden Recht nicht anerkannt[5]), der Arbeitgeber nur hat ein Recht auf die Dienste des Angestellten, denn wie wir oben sahen, beeinflußt die Tatsache der Gewinnbeteiligung eines Angestellten die Stellung des Prinzipals als Leiter des Ganzen in keiner Weise, weil der Vertrag Anstellungsvertrag bleibt. Daher ist er auch nicht verpflichtet, Dienste anzunehmen, es sei denn, daß vertraglich eine Pflicht zur Beschäftigung vereinbart wurde — denn sein Direktionsrecht umfaßt nicht nur die Bestimmung des Wie, sondern auch des Ob der Dienstleistung. Das kann zu Widersprüchen mit dem Gewinnbeteiligungsrecht des Angestellten führen, da ja dieses die Vergütung des Angestellten in Beziehung zum Erfolg eben der Tätigkeit setzt[6]). Es sind dabei verschiedene Möglichkeiten denkbar.

Der Prinzipal kann die Dienste zurückweisen, da ihre Ausführung den Rahmen des Vertrags überschreiten würde. Durch den Anstellungsvertrag ordnet sich der Dienstverpflichtete in den Rahmen eines (meist schon) bestehenden Betriebs ein, mit Rücksicht auf den der Vertrag geschlossen wurde. Er ist damit auch der in diesem Betrieb herrschenden Ordnung und Gepflogenheit unterworfen und kann nicht im Interesse

[1]) Staub Anm. 6 zu § 65, Titze a. a. O. S. 618, Crome S. 247/248, Steinkopf S. 41, Keilpflug S. 39, ROHG 19, 121 ff. ZHR 46, 486, KG Bl. 90, 13, Sächs. OLG 32, 363, D. J. Z. 1898, S. 476, Berl. Kf. G. J. III S. 233 Nr. 149, RG i. Recht 1919 Nr. 1177.

[2]) Staub Anm. 6 zu § 65, Crome S. 249, Steinkopf S. 41, Bode S. 34, RG LZ 1911, 547 Nr. 25.

[3]) Lotmar I S. 371, Crome S. 249, Horrwitz S. 93, Steinkopf S. 41/42, Bode S. 34.

[4]) Vgl. zum Folgenden insbesondere Steinkopf S. 21 ff. und Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII, 9a zu § 611. Außer Betracht bleiben kann der Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit, da der Anst. Vertr. dann nach § 306 BGB nichtig ist, sodaß aus ihm keine Vergütungsansprüche hergeleitet werden können.

[5]) Von dem Sonderfall der Anstellungspflicht bei Schwerkriegsbeschädigten, vgl. § 7 des Gesetzes v. 12. 1. 23, RG Bl. I S. 58, kann hier abgesehen werden.

[6]) Daher scheidet auch die anfängliche subjektive Unmöglichkeit auf Seiten des Angestellten aus unserer Betrachtung aus, da dieser hier keine Arbeit leistet und leisten kann. In diesem Fall sind jegliche Ansprüche ausgeschlossen. Vgl. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII, 9a ß zu § 611.

seines Gewinnbeteiligungsrechts verlangen, daß diese geändert werden. Daher ist es ihm versagt, Mehrbeschäftigung zu verlangen, selbst soweit öffentlich-rechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen. Ebensowenig kann er eine Änderung des Betriebsaufbaus zum Zweck einer Verbesserung der Gewinnchancen verlangen; hierüber befindet allein der Unternehmer als Inhaber des Betriebs. Wenn der Prinzipal in solchen Fällen die Annahme der Dienste verweigert, so verstößt er damit nicht gegen den Vertrag, und dem Angestellten stehen keinerlei Ansprüche deswegen gegen ihn zu. Dasselbe gilt, wenn die Dienste ganz oder teilweise (nachträglich) objektiv unmöglich werden, § 323 BGB, wobei es für den Beteiligungsanspruch belanglos ist, ob diese Unmöglichkeit in der Person des Angestellten oder des Prinzipals zu suchen ist, sofern sie sie nur nicht zu vertreten haben. Allerdings muß im letzteren Fall auch dem Angestellten die Leistung der Dienste unmöglich gemacht sein, indem der Zufall, der dem Prinzipal die Annahme unmöglich macht, zugleich die zur Ausführung der vertraglich bedungenen Tätigkeit unerläßlichen Vorbedingungen vernichtet. Dasselbe gilt auch im Fall der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit, die keine der Vertragsparteien zu vertreten hat. — Für den Fall jedoch, daß die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit der Dienstleistung in der Person des Angestellten zu suchen ist, besteht dann eine Ausnahme, wenn die Unmöglichkeit auf unverschuldetem Unglück beruht oder auf sonstigem unverschuldetem, in der Person des Angestellten liegendem Grund, und im ersteren Fall die Unterbrechung der Tätigkeit nicht über 6 Wochen, im letzteren nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit währt, §§ 63 HGB, 616 BGB[1]). In diesen Fällen wird ihm das Recht auf die Vergütung nicht genommen, damit auch nicht das auf den Gewinnanteil. Allerdings beeinträchtigt die Unmöglichkeit der Leistung diesen möglicherweise insofern, als der Gesamtgewinn durch den Ausfall der Tätigkeit des Angestellten geringer wird.

Werden die objektiv möglichen Dienste wegen unverschuldeter subjektiver Unmöglichkeit der Annahme seitens des Prinzipals zurückgewiesen, dann steht dem Angestellten, wie wir eben gesehen haben, für die Zukunft kein Vergütungsanspruch zu; es kann jedoch für beide Vertragsparteien ein Grund zur sofortigen Kündigung vorliegen, § 70 Abs. 1 HGB. Denn die Aufzählung der wichtigen Gründe in §§ 71, 72 HGB ist unbestritten keine ausschließliche[2]). Auf den Anteil des Angestellten für die Vergangenheit findet alsdann die oben unter II dargestellte Regelung bei Auflösung des Vertragsverhältnisses während der Gewinnberechnungsperiode Anwendung. Dagegen kann der Angestellte den Prinzipal nicht in Annahmeverzug setzen und alsdann die Ansprüche aus § 615 BGB geltend machen[3]). Denn Unmöglichkeit der Arbeitsleistung schließt den Annahmeverzug aus[4]). Es bleibt noch als letzte Möglichkeit der Fall, daß die Dienste infolge eines Umstands zurückgewiesen werden, den der Prinzipal zu vertreten hat,

[1]) Vgl. dazu im Einzelnen Staub zu § 63 HGB und Nipperdey bei Staudinger zu § 616 BGB.

[2]) Vgl. Staub Anm. 1 zu § 71.

[3]) Daß der aus § 615 BGB fließende Anspruch der vertragsmäßige Leistungsanspruch und nicht ein Schadenersatzanspruch ist, ist herrschende Meinung. Nipperdey bei Staudinger Anm. I, 2 zu § 615, Crome S. 197, Titze a. a. O. S. 745, Hueck-Nipperdey I, § 42, II, 1. A. A. Lotmar I S. 148, II S. 309 ff.

[4]) So herrschende Meinung, vgl. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII, 9a g zu § 611, Anm. II, 2 zu § 615. A. A. Steinkopf S. 24/25.

daß von seiner Seite also Vertragsbruch vorliegt[1]). Hier behält der Angestellte seinen Vergütungsanspruch, § 324 BGB[2]); wird dieser dadurch illusorisch, daß infolge Nichtannahme der angebotenen Dienste indirekt auch das Zustandekommen eines Gewinns verhindert wurde, so hat der Angestellte einen Schadenersatzanspruch in Höhe seines vermutlichen Gewinnanteils, § 280 BGB.

§ 6 Die Sicherung des Gewinnbeteiligungsanspruchs.

I. Die Gewinnbeteiligung würde in ihrer praktischen Durchführbarkeit erhebliche Mängel aufweisen, wenn dem Anspruch nicht weitgehende Sicherung, in Sonderheit gegen böswilliges Vorgehen seitens des Prinzipals zur Seite stände. Dieser räumt damit, daß er dem Angestellten Gewinnbeteiligung gewährt, diesem „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auch die Mittel ein, dieses Recht zu verwirklichen". Er ist sogar insoweit selbst verpflichtet, Handlungen zu Gunsten des Angestellten vorzunehmen, als dieser wegen der Eigenart des Gewinnbeteiligungsverhältnisses über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Prinzipal in der Lage ist, unschwer solche Handlungen vorzunehmen[3]). Dies gilt insbesondere von der Aufstellung von Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung; abgesehen von der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung des Prinzipals zu Inventar und Bilanz hat der gewinnbeteiligte Angestellte einen selbständigen klagbaren Anspruch auf ordnungsmäßige Ermittlung seines Anteils, also damit auch darauf, daß der Prinzipal Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung aufstellt. Dieser Anspruch entsteht mit Ablauf der Gewinnberechnungsperiode und folgt unmittelbar aus dem Anstellungsvertrag[4]). Er ist Hilfsrecht zur Verwirklichung des Gewinnbeteiligungsanspruchs; denn der Prinzipal ist zu pünktlicher Bezahlung der zugesagten Vergütung verpflichtet, muß also auch diejenigen Hilfshandlungen vornehmen, die zur Erfüllung dieser Pflicht notwendig sind, und demgemäß dem Angestellten die entsprechenden Rechte einräumen. Kommt der Prinzipal dieser Verpflichtung nicht freiwillig nach, so kann er dazu verurteilt werden; leistet er dem Urteil nicht Folge, so kann sich der Angestellte allerdings nicht vom Gericht im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO ermächtigen lassen, die Aufstellung auf Kosten des Prinzipals durch einen vom Gericht ernannten Dritten vornehmen zu lassen[5]). Vielmehr liegt eine unvertretbare Handlung vor, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, sodaß § 888 ZPO

[1]) Bei nachträglicher vom Angestellten verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung liegt eine Beeinflussung seines Vergütungsanspruchs durch das Direktionsrecht des Prinzipals nicht vor — das gilt übrigens in dem oben besprochenen Fall, daß ihn kein Verschulden trifft, ebenfalls; dieser wurde nur der Vollständigkeit halber und um der Sonderbestimmungen der §§ 63 HGB, 616 BGB willen aufgeführt —; alsdann kommt § 325 BGB zum Zug, wonach der Angestellte seinen Vergütungsanspruch verliert.

[2]) Nipperdey bei Staudinger Anm. III, 1 zu § 614, Anm. VIII, 9b zu § 611.

[3]) Vgl. die allerdings anläßlich der speziellen Frage der Auskunftspflicht vom RG entwickelten allgemeinen Grundsätze: RG. 126, 123; 108. 7, 53, 254, sowie DJZ 1930 S. 1358.

[4]) Crome S. 219, Michels i. Recht 1912, S. 619. Einen solchen gewährt offenkundig auch der § 14 ÖAG, wenn er bestimmt, daß die Abrechnung auf Grund der Bilanz stattfinden solle.

[5]) So Michels i. Recht 1912, S. 619; Trost S. 45.

zum Zuge kommt[1]). Denn mit Aufſtellung und Mitteilung der Bilanz wird Auskunft über das Ergebnis einer eigenen Tätigkeit des Auskunftverlangenden für das Vermögen des Auskunfterteilenden gegeben. Dieſe Auskunft aber ſoll den Erteilenden binden und kann aus dieſem Grunde nicht durch Dritte vorgenommen werden. — Staub[2]) will weiterhin dem Angeſtellten bei ungebührlicher Verzögerung der Bilanzgenehmigung das Recht einräumen, ſeinen Gewinnanteil — wohl auf Grund des „Bilanzentwurfs" — ſelbſtändig zu berechnen und einzufordern. Dies entſpricht nur der Billigkeit. Dagegen kann nach den oben entwickelten Grundſätzen dem Angeſtellten auch in dieſem Fall nicht das Recht zu ſelbſtändiger Aufſtellung einer Bilanz — dieſe würde, ſolange ſie der Unterſchrift des Prinzipals entbehrt[3]), ja auch nur einen „Bilanzentwurf" darſtellen, — eingeräumt werden; in dieſem Sinn wird wohl die Staub'ſche Bemerkung auch nicht aufzufaſſen ſein.

II. Aus dem vom Reichsgericht entwickelten, an die Spitze dieſes Abſchnitts geſtellten Grundſatz folgt weiterhin, daß dem Angeſtellten ganz allgemein die Rechte zugeſprochen werden, deren er außer dem unter I dargeſtellten zur Geltendmachung ſeines feſtgeſtellten Gewinnanteils bedarf[4]). Dies iſt insbeſondere von Bedeutung für das dem Angeſtellten zu gewährende Kontrollrecht bezüglich der Anteilsberechnung, da er ja nicht im Stande iſt, den Betrag des Geſchäftsgewinns aus eigener Wahrnehmung zu kennen[5]). Denn man kann ihm nicht zumuten, daß er die Berechnung des Prinzipals unbedingt und ohne jede eigene Prüfung hinnehmen ſoll[6]). Dieſe Tatſache bildet den wichtigſten Punkt des Sicherungsproblems, deſſen Darſtellung der § 6 der Arbeit gewidmet iſt. Wie überhaupt für das Gewinnbeteiligungsverhältnis, fehlt es auch hier an geſetzlichen Beſtimmungen, und eine Heranziehung anderer geſetzlicher Vorſchriften zu analoger Anwendung iſt nicht möglich. Insbeſondere ſteht unbeſtritten feſt, daß der Prinzipal durch die Gewinnbeteiligungsvereinbarung nicht zu einer förmlichen Rechnungslegung i. S. des § 259 BGB verpflichtet werden kann. Einer ſolchen Annahme ſtehen ſowohl Sinn als Wortlaut des Geſetzes entgegen. Denn für den Prinzipal handelt es ſich gar nicht um Verwaltung fremden Vermögens, der Angeſtellte wird ja nicht Teilhaber, und eine geſetzliche Verpflichtung zur Rechnungslegung beſteht nur für denjenigen, der vertraglich oder auf Grund Geſetzes die Verpflichtung zur Vertretung fremder Intereſſen übernommen hat. Allein das mittelbare Intereſſe des Angeſtellten an der Geſchäftsführung des Prinzipals macht dieſen nicht rechnungspflichtig. Vielmehr muß ſich der Angeſtellte mit derjenigen Rechnungs- und Auskunftsform begnügen, die in derartigen Betrieben maßgebend iſt, mit der Aufmachung der kaufmänniſchen Bilanz[7]). Daher beſteht für den Prinzipal auch nicht die Pflicht zum Offenbarungseid[8]). – Ebenſowenig kommt eine Anwendung des § 716 Abſ. 1 BGB, 118 Abſ. 1 HGB mit dem dort

[1]) Allgemein herrſchende Meinung: Stein-Jonas II, Anm. 13 zu § 887, Anm. 7 zu § 888, Baumbach Anm. 3C zu § 887, Anm. 2A zu § 888, RG J.W. 1884, S. 136; nicht deutlich RG J.W. 1894, S. 428.
[2]) Anm. 8 zu § 65.
[3]) Vgl. § 41 Abſ. 1 HGB, unten unter II, S. 45.
[4]) Staub Anm. 5 zu § 65.
[5]) ROHG 17, 276.
[6]) ROHG 1, 195.
[7]) Crome S. 224, Bolze 4 Nr. 677, 10 Nr. 226, J. Bch. Wtt. Rpfl. 5, 79.
[8]) Werner bei Staudinger Anm. 1c zu § 259, Crome S. 225, Steinkopf S. 42, Bode S. 24, Troſt S. 42/43, Niepoth S. 65.

vorgesehenen unbeschränkten Kontrollrecht hinsichtlich der Geschäftsführung in Frage, da, wie wir gesehen haben, der Angestellte durch die Gewinnbeteiligung keine Gesellschafterstellung erlangt.

Andererseits erfordern die Interessen des Angestellten unbedingt die Gewährung eines solchen Rechts, auch wenn ihr die Interessen des Prinzipals entgegenstehen, der gerade, um einen Einblick in die gesamte Organisation seines Betriebs und seiner Geschäftsbeziehungen zu verhindern, den Angestellten nicht zum Gesellschafter gemacht hat. Es muß ein Ausgleich dieser beiden kollidierenden Interessen gefunden werden[1]). Eine Nachprüfung der Angaben des Prinzipals durch Einsicht der Bücher und Papiere des Geschäfts und ein gewisser Überblick über die Angaben müssen dem Angestellten daher gewährt werden. Das diesbezügliche Recht folgt aus dem oben entwickelten Grundsatz, daß dem Angestellten mit der Gewinnbeteiligung auch die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderlichen Hilfsrechte implicite gewährt werden. Es fragt sich nur, welchen Umfang dieses Recht haben soll, um das Interesse des Prinzipals an der Verweigerung einer Einsicht in den Geschäftsbetrieb mit dem Bedürfnis des Angestellten nach Kontrolle der Berechnungen des Prinzipals in Einklang zu bringen. Allgemein wird anerkannt[2]), daß der Angestellte Vorlage der (Original-) Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung verlangen kann, um aus ihnen die Höhe des erzielten Gewinns und damit die Höhe seines Anspruchs zu entnehmen. Nicht braucht er sich eine Verweisung auf die Bücher gefallen zu lassen, um aus diesen die Aufstellung selbst vorzunehmen (s. unter I.), sogar wenn dies zu seinen dienstlichen Verpflichtungen gehört. Denn damit hätte er noch keine Bilanz angefertigt, die doch die Grundlage seines Anspruchs ist, sondern höchstens den Entwurf einer solchen. Diese selbst kommt erst mit Unterzeichnung durch den Prinzipal zu Stande[3]). Ist der Prinzipal Minderkaufmann, so trifft ihn keine handelsrechtliche Buchführungs- und Bilanzierungspflicht, § 4 HGB, der Angestellte kann folglich nicht die Vorlage einer Bilanz verlangen. Doch hat er ein Recht auf Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben des Minderkaufmanns, da ihm auch hier ein Kontrollrecht gewährt werden muß[4]). Der Prinzipal wird demnach als verpflichtet anzusehen sein, solche Notizen über den Geschäftsgang zu machen, die es ihm ermöglichen, seiner Verpflichtung nachzukommen, dem Angestellten das Gewinnergebnis nachzuweisen, und die diesem evtl. eine Prüfung des Nachweises an Hand der Notizen gestatten[5]).

Bei dieser Bilanzvorlage kann es, da das Kontrollrecht freier vertraglicher Regelung unterliegt und überhaupt ganz ausgeschlossen werden kann[6]), sein Bewenden haben. Dies wird im Zweifel als Vertragssinn anzunehmen sein, wenn die Anstellung mit Gewinnbeteiligung bei einer juristischen Person des Handelsrechts erfolgt, insbesondere wenn diese die Gewinnbeteiligung mehreren oder allen Angestellten gewährt. Wir haben

[1]) Crome S. 220/21, Steinkopf S. 42.
[2]) Crome S. 225, Staub Anm. 5 zu § 65, Steinkopf S. 43 und Bode S. 24.
[3]) OLGR 2, 94, Bode S. 27. Darüber, daß der Angestellte nicht selbst zur Aufstellung einer Bilanz befugt ist, und andererseits der Prinzipal ihn nicht auf die Bücher verweisen kann, Staub Anm. 5 zu § 65, Titze a. a. O. S. 838, Anm. 39, Bode S. 26, 21, Trost S. 44, Niepoth S. 69; vgl. auch KG in SA 56, 282 ff. = OLGR 2, 94 f.
[4]) Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59, Goldmann Anm. 3 A I 2c zu § 59, Bolze 4 Nr. 677, ZHR 42, S. 514.
[5]) Bode S. 24/25, Trost S. 43, Niepoth S. 66/67.
[6]) Crome S. 222, Horrwitz S. 95. Anders § 14 OAG.

oben gesehen, daß der Angestellte in diesem Fall schon weitgehend an die gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Bilanzaufstellung gebunden ist; wollte die Gesellschaft allen ihren Angestellten die an sich möglichen Kontrollrechte einräumen, so würde sie sich außerordentlichen Unzuträglichkeiten bezüglich der Vornahme der Kontrolle aussetzen, von den Gefahren, die aus der Offenlegung ihrer Organisation entstehen, ganz abgesehen. Da das Ergebnis der Bilanz für die Angestellten bindend sein soll, genügt aber auch ihre Vorlage vollständig, um den ihnen zustehenden Gewinnanteil festzustellen. Eine derartige Auslegung des Vertrags wird weiterhin insbesondere dann geboten sein, wenn die Anstellung gegen Gewinnbeteiligung in dem betreffenden Betrieb bisher nach diesem Modus üblich war. Bei diesem Recht auf Vorlage der Bilanz bleibt ein großer Teil der Literatur stehen, indem sie dartut, der Angestellte habe nicht nur nicht größere Rechte als der stille Gesellschafter[1]), sondern vielmehr geringere[2]). Daß das erstere der Fall ist, ist nicht zu bestreiten. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Angestellte bei der Art seiner Interessenbeteiligung nicht in Bezug auf die Kontrollrechte dem stillen Gesellschafter sollte gleichgestellt werden können[3]). Bode meint, es könne dies deshalb nicht zugegeben werden, da der Angestellte nicht pekuniär am Unternehmen beteiligt sei; aber für ihn handelt es sich um den Ertrag seiner Arbeit. Das übernommene Risiko ist gegenüber dem stillen Gesellschafter, für den es um den Ertrag seines Kapitals geht, also nicht grundsätzlich verschieden, sondern nur dem Grade nach, weil die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Verlust vertraglich genau so gut ausgeschlossen, wie sie beim Angestellten vereinbart werden kann. Im allgemeinen wird dem Angestellten — wenn wir von dem eben dargestellten Sonderfall absehen — ebenso wie dem stillen Gesellschafter die Einsicht der Geschäftsbücher zur Nachprüfung der Bilanz gestattet (s. u.); warum sollte nicht auch in analoger Anwendung des § 338 Abs. 1 HGB vollends die Abschrift der Bilanz ihm zugebilligt werden, insbesondere da dies für den Geschäftsherrn kaum eine erhebliche Belastung oder Gefährdung darstellt? Eigenartig berührt die Ansicht Cromes[4]), wonach die Vorlage der Bilanz ein Plus gegenüber deren abschriftlicher Mitteilung sein soll; selbstverständlich muß letztere mit der ersteren übereinstimmen und eine diesbezügliche Prüfung jederzeit möglich sein. Alsdann aber hat der Angestellte damit, daß er eine Abschrift der Bilanz in Händen hat, viel leichter die Möglichkeit der Berechnung seines Gewinnanteils und einer Nachprüfung der Bilanz an Hand ihrer Unterlagen. Es ist daher in allen Fällen, in denen die Kontrolle der Bilanz nicht überhaupt ausgeschlossen ist, dem Angestellten eine Abschrift von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung zu erteilen[5]). Dagegen ist der Prinzipal keinesfalls zu einer eidlichen Bekräftigung der Bilanz verpflichtet, da ja, wie wir oben gesehen haben[6]), § 259 BGB gar nicht anwendbar ist.

[1]) ROHG 17, 277.

[2]) Crome S. 225, Bode S. 26/27, Trost S. 42 und 49; ebenso ROHG 1, 104, J. Bch. Wtt. Rpfl. 5, 77.

[3]) Ebenso Titze a. a. O. S. 837, Müller-Erzbach I S. 149, Niepoth S. 66.

[4]) Seite 225.

[5]) Ähnlich, aber nicht ganz soweit gehend, Staub Anm. 5 zu § 65, der Abschrift der Bilanz usw. dem Angestellten nur auf Verlangen und nur dann gewähren will, wenn was ja meist der Fall sein wird — der Prinzipal dadurch nicht unbillig beschwert ist.

[6]) Vgl. oben bei Anm. 8 S. 44. Vgl. weiter Bolze 10 Nr. 220, Staub Anm. 5 zu § 65.

Andererſeits iſt er nicht berechtigt, wenn er glaubt, gegen den Angeſtellten Schadenerſatzanſprüche zu haben, deretwegen die Vorlage der Bilanz zu verweigern [1]).

Dem Angeſtellten iſt weiterhin das Recht einzuräumen, die Bilanz und Gewinn- und Verluſtrechnung an Hand der Bücher nachzuprüfen. Die von Crome [2]) dagegen geltend gemachten Bedenken, die kaufmänniſche Buchführung und Bilanzziehung böten für einwandfreie Feſtſtellung ſeines Anteils genügend Gewähr, ſodaß es im allgemeinen weitergehender Rechte als der Vorlage der Bilanz nicht bedürfe, erſcheinen durchaus nicht ſtichhaltig [3]). — Der Angeſtellte kann zu dieſem Zweck Vorlage der Bücher, Geſchäftspapiere und des Inventars verlangen und von ihnen Einſicht nehmen. Dies natürlich nur, ſoweit es der Prüfungszweck erfordert, und unter Beſchränkung auf die für die Gewinnbeteiligung allein in Betracht kommenden Partien, was insbeſondere bei denjenigen Angeſtellten zu beachten iſt, die nur am Gewinn eines Teils des Unternehmens teilhaben. Dieſe Prüfung darf ſich nur auf die rechneriſche Vergleichung der Bilanz mit ihren Unterlagen und deren Übereinſtimmung beziehen; der Prinzipal darf die Prüfung auf den nur ziffernmäßigen Nachweis der einzelnen in der Bilanz enthaltenen Poſten, die den Angeſtellten angehen, beſchränken. Eine weitergehende Durchforſchung der Geſchäftsbücher, insbeſondere zum Zweck der Prüfung ordnungsmäßiger Geſchäftsführung ſteht dem Angeſtellten nicht zu [4]). Eine ſolche iſt mit ſeiner Stellung vollkommen unvereinbar, da er ja durch die Gewinnbeteiligung auf die Geſchäftsführung keinerlei Einfluß bekommen ſoll. Für dieſes Recht der Vorlage der Bücher und ſonſtigen Unterlagen der Bilanz glaubt Crome [5]) ſich auf die Vorſchrift des § 810 BGB berufen zu müſſen und gibt eine ausführliche Begründung für deſſen Anwendbarkeit. Dieſe Anſicht iſt m. E. falſch und eine ſolche Bezugnahme auch durchaus überflüſſig. Denn nach dem oben dargeſtellten Grundſatz folgen aus der Gewinnbeteiligung nach Treu und Glauben auch alle diejenigen Hilfsrechte, die zur Verwirklichung des Anſpruchs auf den Gewinnanteil erforderlich ſind [6]). Natürlich bleibt die Möglichkeit, im Prozeß nach § 45 HGB die Vorlage der betreffenden Bücher zu erlangen, unberührt. Des Rechts auf Prüfung der Bilanz und Gewinn- und Verluſtrechnung bedarf jedoch der Angeſtellte dann nicht, wenn er dank ſeiner Stellung in dem Unternehmen ohne weiteres einen genügenden Einblick in die Unterlagen hat oder zu ſeinen Obliegenheiten die Aufſtellung des Bilanzentwurfs gehört. Dagegen geht es m. E. zu weit, die Vorlage und evtl. Abſchrift einer Bilanz ihm in dieſen Fällen zu verſagen und ihn lediglich auf den Leiſtungsanſpruch bezüglich ſeines Gewinnanteils zu beſchränken [7]). Falſch erſcheint mir auch die von Bode

[1]) Staub Anm. 5 zu § 65, Anm. 1a. E. zu § 91.

[2]) Seite 225.

[3]) So auch Müller-Erzbach I. S. 149, Niepoth S. 67 und die geſetzliche Regelung im § 14 ÖAG.

[4]) Staub Anm. 5 zu § 65, Titze a. a. O. S. 838, Crome S. 226, Bode S. 25/26, Troſt S. 48 und 50, ROHG 17, 276, Bolze 10 Nr. 226, RG J. W. 1887 S. 290 Nr. 12, 1894 S. 317 Nr. 18, 1897 S. 57 Nr. 28, 1903 S. 273 Nr. 11, ZHR 42, 514, Sächſ. A. 11, 745.

[5]) S. 228 ff.; ebenſo Bode S. 32/33, Troſt S. 47.

[6]) So außer den oben Anm. 3 S. 43 zit. Entſcheidungen ſchon ROHG 17, 276, Sächſ. Arch. 11, 745, RG J.W. 1897, 57 Nr 28, Bolze 10 Nr. 226, 13 Nr. 182, Goldmann Anm. 3 A I 2c zu § 59, Niepoth S. 69 70.

[7]) Siehe Bode S. 24.

entwickelte Anſicht[1]), der im Lauf des Geſchäftsjahrs eingetretene oder ausgeſchiedene Angeſtellte könne nur für diejenige Zeit, in der er beim Prinzipal angeſtellt war, ſein Kontrollrecht ausüben. Denn auch ſein Anſpruch beruht, wie wir oben geſehen haben, auf dem geſamten Jahresgewinn, alſo muß ſein Kontrollrecht entſprechend weit gehen, weil es ja nicht nur auf vom Angeſtellten ſelbſt getätigte Geſchäfte ankommt, und zudem der Prinzipal ſonſt in der Lage wäre, die Bilanz zu ſeinen Ungunſten zu verfälſchen, ſo weit ſie nicht der Kontrolle des Angeſtellten unterliegt.

Jegliche weitergehenden Rechte auf Kontrolle ſind dem Angeſtellten abzuſprechen. Insbeſondere kann er nicht in entſprechender Anwendung der Beſtimmung des § 338 Abſ. 3 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit vom Gericht die Anordnung verlangen, daß ihm die Bilanz mitgeteilt und ſonſtige Aufklärungen erteilt und die Bücher und Geſchäftspapiere vorgelegt werden. Ein ſo weitgehendes Recht wäre mit der Stellung des Angeſtellten als Glied des Geſchäftsperſonals unvereinbar. Noch viel weniger hat er das nicht einmal dem ſtillen Geſellſchafter zuſtehende Recht, ſich jederzeit über die Angelegenheiten des Geſchäfts perſönlich zu unterrichten und ſelbſt die Aufſtellung einer Bilanz vorzunehmen[2]).

Dieſe Kontrollrechte des Angeſtellten ſind höchſt perſönlicher Natur. Denn ſeine Stellung beruht auf dem Vertrauen des Geſchäftsherrn zu ſeiner Perſon; der Prinzipal vertraut darauf, der Angeſtellte werde mit den aus der Einſicht der Geſchäftsbücher erlangten Kenntniſſen keinen Mißbrauch treiben und gewährt ihm deshalb dieſes Recht. Es iſt daher die Abſicht der Vertragsparteien, daß dritten Perſonen dieſes Recht nicht zuſtehen, ſondern es nur perſönlich ausgeübt werden ſoll. Allerdings kann der Anſpruch des Angeſtellten auf den Gewinnanteil unbeſtreitbar im Rahmen der geſetzlichen Beſtimmungen (darüber unter V. S. 115 ff.) abgetreten, verpfändet und gepfändet werden, ohne Rückſicht darauf, ob er ſchon feſtgeſtellt iſt oder ob dies erſt in der Zukunft geſchehen ſoll. Dies kann aber unmöglich zur Folge haben, daß damit auch die Prüfungsrechte dem Dritten überlaſſen werden; denn dadurch würde der Prinzipal gezwungen, ſeine Bücher Perſonen zur Einſicht zu überlaſſen ohne Rückſicht auf die Frage des Vertrauens, die ſeinerzeit bei der Anſtellung des Angeſtellten auf Gewinnbeteiligung eine weſentliche Rolle geſpielt hat. Die Kontrollrechte ſind alſo nicht übertragbar und es iſt als Wille der Vertragsparteien anzunehmen, daß auch ihre Ausübung Dritten nicht überlaſſen werden kann[3]); dies ohne Rückſicht darauf, ob der Anſpruch auf den Gewinnanteil als ſolchen abgetreten iſt. — Dieſer Grundſatz berührt jedoch nicht das Recht des Angeſtellten, unter Umſtänden die Zuziehung eines Sachverſtändigen verlangen zu können. Dies dann, wenn es zur Erreichung des Kontrollzwecks unerläßlich iſt, für den Gewinnbeteiligten alſo ohne Hilfe eines Sachverſtändigen ſein Kontrollrecht illuſoriſch wäre. Dies gilt insbeſondere, wenn die Verhältniſſe derartig weitläufig oder verwickelt ſind, daß der Angeſtellte zur Nachprüfung nicht im Stande iſt,

[1]) S. 26, ebenſo Bolze 4 Nr. 677, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59, Horrwitz S. 95. A. A. offenbar Düringer-Hachenburg Anm. 29 zu § 59, RG i. Recht 1919, 1177.

[2]) Vgl. dazu die §§ 338 Abſ. 2, 166 Abſ. 2 HGB gegenüber §§ 118 Abſ. 1 HGB, 716 Abſ. 1 BGB und oben nach Anm. 8 S 44. Wegen der ſelbſtändigen Bilanzaufſtellung oben vor Anm. 3 S. 45 und dieſe ſelbſt.

[3]) So herrſchende Meinung: Staub Anm. 8 zu § 65, Titze a. a. O. S. 837, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Horrwitz S. 95, OLGR 8, 95, RG J. W. 1897, S. 57.

oder wenn der Angeſtellte nicht oder nicht genügend bücherkundig iſt[1]). Die Auswahl des Sachverſtändigen ſteht zwar dem Kontrollberechtigten zu, er hat aber dabei nach Treu und Glauben zu verfahren, und der Prinzipal hat bezüglich ſolcher Perſönlichkeiten, die ihm nicht unparteiiſch erſcheinen, ein Ablehnungsrecht; evtl. iſt der Sachverſtändige vom Gericht zu beſtimmen. Vielfach findet ſich auch die durchaus zuläſſige Vereinbarung, daß die Ausübung der Kontrollrechte überhaupt nur durch einen beeidigten Sachverſtändigen ſtattfinden ſoll. Dies empfiehlt ſich insbeſondere bei größeren Geſellſchaften, bei denen viele oder alle Angeſtellten am Gewinn teilhaben. Die Frage der Ausübung des Kontrollrechts durch Dritte iſt hauptſächlich dann von Bedeutung, wenn der Angeſtellte z. B. an ihr durch Krankheit verhindert iſt oder zwiſchen ihm und dem Prinzipal ein ſchweres Zerwürfnis beſteht; dann muß ihm ausnahmsweiſe geſtattet werden, ſeine Rechte durch eine Mittelsperſon ausüben zu laſſen[2]). Es entſpricht dies der Billigkeit, da auch in dieſen Fällen ſonſt die Rechte des Angeſtellten lediglich auf dem Papier ſtünden. Als geeignete Mittelsperſon kommt auch hier ein unparteiiſcher Sachverſtändiger in Frage, auf jeden Fall jedoch nur eine der Konkurrenz nicht angehörige Vertrauensperſon.

Die Ausübung des Kontrollrechts verwirkt der Angeſtellte nicht dadurch, daß er dem Anſtellungsvertrag zuwiderhandelt. Mißbraucht er das in ihn geſetzte Vertrauen, erfüllt er ſeine Pflicht nicht oder macht er ſich irgend welcher Vergehen zum Nachteil des Geſchäfts oder des Prinzipals ſchuldig, ſo geht ihm dieſes Recht ſo wenig verloren wie ſein Vergütungsanſpruch[3]), denn es iſt nicht durch ein dem geſchilderten gegenteiliges Verhalten bedingt oder bildet eine Gegenleiſtung hiefür. Der Prinzipal kann die Gewährung der Büchereinſicht nicht wegen des unerfüllten Vertrags verweigern[4]). Das Fortbeſtehen dieſes Rechts muß ſchon aus dem Fortbeſtehen des Vergütungsanſpruchs, der mit der Dienſtleiſtung ohne weiteres entſteht, folgen, da dem Angeſtellten ſonſt jegliche Möglichkeit zur Nachprüfung der Gewinnberechnung genommen wäre. Er kann dabei allerdings zum Schaden des Prinzipals Kenntnis über Geſchäftsvorgänge bekommen, aber dazu wird er in den meiſten Fällen auch ſonſt auf Grund ſeiner Stellung imſtande ſein; zudem erlangt er ſie durch Ausübung ſeines vertragsmäßigen Rechts. Der Prinzipal kann alſo nicht einwenden, daß ihm durch die Offenlegung ſeines Betriebs Schaden erwachſe[5]) oder die Ausübung des Rechts ſchikanös ſei[6]). Das Gewinnbeteiligungsverhältnis wurzelt zwar, wie Bode bemerkt, in dem Vertrauen des Prinzipals, die Fortdauer der Rechte des Angeſtellten iſt aber von der Fortdauer des Vertrauens des Prinzipals nicht abhängig. Dieſe Befugniſſe ſind dem Angeſtellten unwiderruflich eingeräumt, ſie bilden einen Teil der Gegenleiſtung des Prinzipals für die Dienſtleiſtungen des Angeſtellten[7]). Selbſtverſtändlich iſt aber eine Vereinbarung dahin möglich, daß dieſe Rechte bei vertragswidrigem Verhalten verwirkt ſein ſollen. Da

[1]) Staub Anm. 5 zu § 65, Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 59, Titze a. a. O. S. 837/38, OLGR 8, S. 95; ebenſo RG 25, 88, Bolze 22 Nr. 508, ROHG 7, 69 bez. der offenen Handelsgeſellſchaft.
[2]) Titze a. a. O. S. 838.
[3]) Vgl. oben § 5II a. E., S. 41.
[4]) ROHG 17, 275, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59.
[5]) Crome S. 231.
[6]) Sächſ. Arch. 11 S. 746.
[7]) Staub Anm. 6 zu § 65, Bode S. 30/31, Troſt S. 47, RG J.W. 1897, S. 57 Nr. 28, ROHG 1, 194.

ja von vornherein die weitergehende Vereinbarung, daß der Angeſtellte überhaupt keine Kontrollrechte haben ſolle, möglich iſt, ſteht einer ſolchen Auffaſſung ein Hindernis nicht entgegen.

Die Vornahme der Kontrolle kann ſelbſtverſtändlich erſt nach Abſchluß der Rechnungsperiode, deren Gewinn der Berechnung des Gewinnanteils zu Grunde gelegt wird, erfolgen. Ja, der Angeſtellte muß ſogar abwarten, bis der Prinzipal ſeine Bilanz ordnungsmäßig aufgeſtellt hat. Alsdann kann er die Prüfung zu einer Zeit vornehmen, in der dadurch keine Störung des Geſchäftsbetriebs erfolgt. Dies dürfte dem Parteiwillen entſprechen[1]). Über den genauen Zeitpunkt wird es einer jedesmaligen, den Verhältniſſen des betreffenden Geſchäfts angepaßten Einigung der Parteien bedürfen. Der Verkehrsſitte entſpricht es, daß der Prinzipal, abgeſehen von den Fällen eines Prozeſſes, ſeine Bücher nicht aus der Hand zu geben braucht, die Kontrolle alſo in den Geſchäftsräumen zu erfolgen hat[2]). Crome[3]) will im Fall wichtiger Gründe den Prinzipal für verpflichtet anſehen, die Bücher an einem anderen Ort als in den Geſchäftsräumen vorzulegen und gründet dieſe Anſicht auf § 811 BGB. Da aber oben ſeine dieſer Anſicht zu Grunde liegende Auffaſſung, der Vorlegungsanſpruch auf die Bücher beruhe auf § 810 BGB, abgelehnt wurde, kann ihm auch hier nicht Folge geleiſtet werden. Es bedarf m. E. dieſes Anſpruchs auch gar nicht, da oben für den wohl hier hauptſächlich in Frage kommenden Fall, daß nämlich zwiſchen Angeſtelltem und Prinzipal ſchwere Zerwürfniſſe beſtehen, das Recht auf Ausübung des Kontrollrechts durch eine Mittelsperſon anerkannt wurde.

Wie wir geſehen haben, beſchränkt ſich das Prüfungsrecht des Angeſtellten lediglich auf die zahlenmäßige Übereinſtimmung der Bilanz mit ihren Unterlagen. Daher wird ihm das Recht verſagt, ſich aus den Büchern Notizen zu machen, da ein ſolches Recht über die Bedürfniſſe hinausgehe und wegen des leicht möglichen Mißbrauchs zu ſchweren Schädigungen des Prinzipals führen könne[4]). Nur ausnahmsweiſe ſei ein ſolches Recht bei Nachweis eines Bedürfniſſes zuzugeſtehen; hiebei ſei ganz auf den konkreten Fall abzuſtellen[5]), insbeſondere auch darauf, ob ſich die Weigerung des Prinzipals als Schikane darſtellen würde. Dieſe Anſicht iſt meiner Auffaſſung nach zu eng, da ohne das Hilfsmittel von Aufzeichnungen das Kontrollrecht in all den Fällen illuſoriſch wäre, in denen es ſich um eine auch nur einigermaßen umfangreiche Buchführung handelt. Man muß dem Angeſtellten nach Treu und Glauben eine ſolche Erleichterung ſeines Prüfungsrechts zubilligen, die andererſeits nicht geeignet erſcheint, den Prinzipal erheblich zu beſchweren[6]). Aus denſelben Gründen iſt der Prinzipal für verpflichtet zu halten, über ſolche erhebliche Tatſachen, über die ſich der Angeſtellte aus der Bilanz, bezw. den vorgelegten Büchern nicht genügend Klarheit verſchaffen kann, Aufklärung zu geben[7]). Und eine ebenſolche Darlegungspflicht trifft den Prinzipal dann, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß er bei Aufſtellung der Bilanz arg-

[1]) Crome S. 222 a. E., Bode S. 29, Niepoth S. 69.
[2]) ROHG 17, 275, Bode S. 29, Niepoth S. 69.
[3]) S. 226, ebenſo Bode S. 29.
[4]) ROHG 1 196, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59.
[5]) Vgl. die Anm. 4 Zitierten, Makower Anm. IIb zu § 59, Titze a. a. O. S. 838, Crome S. 227, Horrwitz S. 95, Bolze 4 Nr. 677.
[6]) So RG L.Z. 1910, 212 Nr. 3, Troſt S. 49, Niepoth S. 68 69; noch weitergehend Staub Anm. 5 zu § 65.
[7]) Bode S. 28; einſchränkend Crome S. 226, Titze a. a. O. S. 838.

liſtig oder ſchikanös vorgegangen iſt oder bei der Kalkulation nicht von kaufmänniſch zu rechtfertigenden Grundſätzen ausging, ſondern offenbar unbillige oder grob willkürliche Anſätze ſich in der Bilanz finden. Dann, aber nur dann iſt der Prinzipal verpflichtet, über den ziffernmäßigen Nachweis der Bilanzpoſten hinauszugehen[1]).

Die Koſten der Aufſtellung von Bilanz und Gewinn- und Verluſtrechnung hat der Prinzipal zu tragen. Das iſt ſelbſtverſtändlich, denn zu ſeinen geſetzlichen und vertraglichen Pflichten gehört ja die Bilanzziehung. Koſten fallen dem Angeſtellten bei Ausübung der Kontrolle nur inſofern zur Laſt, als er ſich zur Heranziehung eines Sachverſtändigen genötigt ſieht[2]). Anders wird man jedoch entſcheiden müſſen, wenn die Vertragsparteien ein für allemal vereinbart haben, daß die Kontrolle durch einen Sachverſtändigen an Stelle des Angeſtellten vorgenommen wird; fehlt es hier an einer beſonderen Vereinbarung über die Koſten, ſo fallen dieſe im Zweifel dem Prinzipal zur Laſt als Äquivalent dafür, daß er ſich gegenüber dem Angeſtellten eine größere Freiheit ſichert und ihm deſſen Arbeitskraft auch in der ſonſt der Kontrolle dienenden Zeit zur Verfügung ſteht.

III. Wie wir oben[3]) geſehen haben, muß der Angeſtellte im allgemeinen die vom Prinzipal aufgeſtellte Bilanz gegen ſich gelten laſſen, auch wenn deren Anſätze nicht dem wahren Wert entſprechen. Eine Ausnahme für ihn iſt nur dann gegeben, wenn dieſe Anſätze auf grober Willkür, offenbarer Unbilligkeit, argliſtigem oder ſchikanöſem Verhalten des Prinzipals beruhen. Dann hat er das Recht, die Bilanz „anzufechten“[4]). Es iſt demnach zu prüfen, welche rechtliche Natur dieſes „Anfechtungsrecht“ hat, und wie es auszuüben iſt. Eine Erörterung hierüber findet ſich in Literatur und Rechtſprechung nicht, es werden dieſe Fragen allgemein offengelaſſen[5]). Von vornherein ſcheiden die Beſtimmungen des BGB über Anfechtung aus; denn es fehlt an irgend einer Willenserklärung des Angeſtellten, die dieſer aus irgend einem der geſetzlichen Gründe anfechten könnte. Eher könnte man daran denken, daß das Recht des Angeſtellten dem der Aktionäre in § 271 HGB entſpricht, mit dem die Genehmigung einer Bilanz „angefochten“ werden kann. Aber ganz abgeſehen von den ſtrengen Vorausſetzungen und der Singularität der Vorſchrift bedarf es für den Angeſtellten eines derartig weitgehenden Rechtes überhaupt nicht. Dort iſt die Folge die Nichtigkeit des betreffenden Beſchluſſes, da er auf Geſetzes- oder Satzungsverletzung beruht: wenn dagegen der Angeſtellte einer Berichtigung der Bilanz bedarf, ſo iſt damit noch lange nicht geſagt, daß dieſe nicht den geſetzlichen Vorſchriften entſpricht und daher ruhig aufrecht erhalten werden kann. Irgend welche Intereſſen anderer als der Vertragsparteien werden durch dieſe mit ſtarken Unterbewertungen aufgeſtellte Bilanz nicht berührt. Der Prinzipal iſt der ihm vom Geſetz vorgeſchriebenen Bilanzierungspflicht in dem dort gegebenen weiten Spielraum nachgekommen. Was er verletzt hat, iſt lediglich die von Düringer-Hachenburg[6]) ſo genannte „zivilrechtliche Bilanzpflicht“, die Verpflichtung gegenüber dem gewinn-

[1]) Bolze 13 Nr. 183, Bode S. 28.
[2]) Tiße a. a. O. S. 837/838.
[3]) § 5 II der Arbeit, S. 34.
[4]) So allgemein herrſchende Anſicht, vgl. ſtatt aller Staub Anm. 9 zu § 65.
[5]) Anders nur Troſt S. 57; vgl. unten Anm. 2, S. 52.
[6]) Anm. 12 zu § 40, vgl. Anm. 8 a zu § 38.

beteiligten Angeſtellten, die ſich aus dem Anſtellungsvertrag nach Treu und Glauben ergibt, die Bilanz ſo zu errichten, daß dieſer nicht ungerecht benachteiligt iſt. Die Verletzung dieſer Pflicht rechtfertigt aber nicht eine Vernichtung der aufgeſtellten Bilanz mit Wirkung gegenüber Dritten, eine Berichtigung im Verhältnis zwiſchen Prinzipal und Angeſtelltem genügt vollſtändig. Hat der Angeſtellte Anhaltspunkte für ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals, ſo hat er dieſem gegenüber, wie wir oben geſehen haben[1]), ein Recht auf Auskunft; ſelbſt bei ziffernmäßiger Übereinſtimmung von Buchungs- und Bilanzpoſten iſt hier der Prinzipal für verpflichtet anzuſehen, dem Angeſtellten die beanſtandeten Poſten zu erläutern und deren Anſatz zu begründen. Gelingt ihm dies nicht, ſo hat er die Bilanz zu Gunſten des Angeſtellten dahin zu berichtigen, daß er die Anſätze ordnungsmäßig vornimmt. Der Angeſtellte kann alſo, falls nötig, auf Vorlage einer vertragstreuen Bilanz klagen, indem er dartut, die Anſätze der ihm vorgelegten Bilanz brauche er nicht gegen ſich gelten zu laſſen[2]). Über die Frage der Verteilung der Beweislaſt in dieſem Fall iſt oben gehandelt[3]). Dieſe Klage kann der Angeſtellte nach § 254 ZPO — wie überhaupt jede Klage auf Anfertigung der Bilanz[4]) — mit der Klage auf Leiſtung deſſen, was ſich für ihn aus der ordnungsmäßig aufgeſtellten Bilanz und Gewinn- und Verluſtrechnung als Gewinnanteil ergibt, verbinden. Das „Anfechtungsrecht" des Angeſtellten iſt alſo nicht etwa ein Rechtsgeſtaltungsrecht wie dasjenige der Aktionäre nach § 271 HGB[5]), ſondern ein ganz gewöhnlicher Leiſtungsanſpruch auf Vorlage einer vertragstreuen Bilanz, wie er nach Treu und Glauben als Hilfsanſpruch jedem Anſtellungsvertrag auf Gewinnbeteiligung innewohnt[6]). Nachdem ſo die Natur dieſes „Anfechtungsrechts" klargeſtellt iſt, hindert uns nichts, dieſe an ſich ſchiefe Ausdrucksweiſe, da allgemein üblich und kurz, beizubehalten, wenn wir uns nur über ihre Bedeutung klar ſind.

Dieſes Anfechtungsrecht iſt jedoch dem Angeſtellten nach Treu und Glauben nur ſolange zuzubilligen, bis er ſpäteſtens davon hätte Gebrauch machen können. Macht er von ſeinem Prüfungsrecht Gebrauch, ſo hat er hiebei mit evtl. Berichtigungsanſprüchen alsbald hervorzutreten; tut er das nicht, ſo iſt alsdann ſein Anfechtungsrecht als verwirkt anzuſehen. Nur wenn er in Ausnahmefällen dartun kann, daß ihm etwa infolge der Unüberſichtlichkeit der Aufſtellung oder wegen ihres Umfangs eine Geltendmachung des Rechts nicht ſofort möglich war, kann ihm eine ſolche noch nachträglich geſtattet werden. Ebenſo kann der Angeſtellte auf die Ausübung ſeines Prüfungsrechts verzichten, eine vertragliche Vereinbarung in dieſer Richtung wird nicht ſelten anzunehmen ſein (ſiehe oben); übt er dieſes innerhalb angemeſſener Zeit nach Vorlage der Bilanz bezw. Aushändigung einer Bilanzabſchrift nicht aus, ſo wird darin ein Verzicht auf die Ausübung des Prüfungsrechts zu finden ſein. Dieſer ſchließt ſelbſtverſtändlich den Verzicht des Anfechtungsrechts in ſich. Eine ſolche Anerkennung der Gewinnberechnung und damit Verluſt des Anfechtungsrechts kann aber ſchließlich auch darin gefunden werden, daß der Angeſtellte

[1]) Unter II S. 50/51.
[2]) Ähnlich Troſt S. 57, 56.
[3]) § 5 II der Arbeit, S. 33.
[4]) Stein-Jonas I Anm. II a. E. zu § 254, Baumbach Anm. 2 zu § 254, RG 53, 254.
[5]) Vgl. Staub Anm. 8 zu § 271.
[6]) Vgl. darüber den Anfang dieſes Paragraphen.

den Gewinnanteil in Kenntnis der Bilanz vorbehaltlos annimmt[1]). Allerdings sind die Anforderungen an die Voraussetzungen eines stillschweigenden Verzichts dann besonders streng zu nehmen, wenn der Angestellte sich nicht in bevorzugter Stellung befindet; denn oft wird seinem Stillschweigen nicht die Bedeutung irgend welchen Verzichts innewohnen, sondern seinen Grund darin haben, daß der Angestellte die verwickelte Rechtslage nicht zu übersehen vermag, oder aus Furcht vor Nachteilen, insbesondere Kündigung seitens des Prinzipals, schweigt. Hier ist in jedem Fall genau festzustellen, ob wirklich auf Seiten des Angestellten ein Verzichtwille vorgelegen hat und ob dem Prinzipal erkennbar war, daß ein solcher nicht vorlag[2]). Ob das Unterlassen der Geltendmachung seiner Rechte für die Zukunft präjudizierend wirkt, indem sich der Angestellte dadurch stillschweigend verpflichtet, sie auch in Zukunft nicht auszuüben, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Im Zweifel wird der stillschweigende Abschluß eines diesbezüglichen Vertrags aus den oben dargelegten Gründen abzulehnen sein. – Seine Verzichterklärung kann der Angestellte nach allgemeinen Grundsätzen wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung nach den §§ 119 ff. BGB anfechten.

Die bisher besprochenen Rechte des Angestellten dienen der Sicherung seines Anspruchs vor Schädigung durch Maßnahmen des Prinzipals, soweit ihm diese nicht auf Grund seiner übergeordneten Stellung unbedingt gestattet werden müssen. Daneben bedarf der Angestellte aber auch des Schutzes gegenüber dem Prinzipal, der einen Teil des Geschäftsrisikos auf ihn abzuwälzen sucht. Diesen Zweck erreicht der Prinzipal dadurch, daß er dem Angestellten ein derartig niedriges festes Gehalt gewährt, daß dieser nicht im Stande ist, hievon allein seine Lebensbedürfnisse zu bestreiten und daher die betreffende Stellung gegen diese Vergütung allein vermutlich nicht angenommen hätte. Andererseits wird ihm dafür eine hohe Gewinnbeteiligung zugesichert[3]). Dies hat zur Folge, daß der Prinzipal bei schlechtem Geschäftsgang nur ein geringes Gehalt auszubezahlen braucht, also seine Geschäftsunkosten stark herabsetzt, während der Gewinnanteil des Angestellten ausfällt. Der Prinzipal kann aber noch weiter gehen, indem er dem Angestellten lediglich einen Anteil am Gewinn als Vergütung für seine Dienstleistung zusagt und im Anstellungsvertrag sich ausführliche Bestimmungen über die Gewinnberechnung zu seinen Gunsten und zu Ungunsten des Angestellten finden[4]). Derartige Abmachungen hielt das Reichsgericht für nichtig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, weil dem Angestellten kein festes Gehalt gewährt, sondern er lediglich auf die Ergebnisse des Geschäfts angewiesen sei, sodaß er unter Umständen die erhaltenen Vorschüsse zurückzuzahlen verpflichtet sei, und weil zudem die Art der Gewinnberechnung ausschließlich zu Gunsten des Prinzipals festgesetzt sei. Damit falle ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags weg und dieser selbst in sich zusammen[4]). Im Anschluß daran hat die Praxis der Kaufmannsgerichte einen Anstellungsvertrag gegen Gewinnbeteiligung immer dann für nichtig erklärt, wenn dem Angestellten nicht wenigstens so viel festes Gehalt gewährt wurde, daß er davon seinen standesgemäßen Lebens-

[1]) Vgl. OLGR 2, 248, Staub Anm. 9 zu § 65, Bode S. 18, Trost S. 57.
[2]) RG DJZ 1921 S. 369.
[3]) Daß ein Nebeneinander von fest zugesagter Vergütung und Gewinnbeteiligung möglich ist, ist unbestritten. Vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 26 zu § 59, Makower Anm. II c zu § 59, Staub Anm. 4 zu § 65, Grome S. 206.
[4]) Vgl. den zur Entscheidung gekommenen Fall RG Gruch. 54, 616.

unterhalt beſtreiten konnte[1]). Nichtig ſoll allerdings nicht die geſamte Abmachung ſein, ſondern nur diejenige über die Vergütung, da in ſolchen Fällen im allgemeinen die Ausnahme des § 139 BGB gelte. Denn es ſei anzunehmen, der Angeſtellte habe den Vertrag auch dann abgeſchloſſen, wenn ihm keine Gewinnbeteiligung, aber ein angemeſſenes feſtes Gehalt zugeſichert worden wäre. Den Nachweis hiefür könne er deshalb leicht führen, da die Gewinnbeteiligung nach allgemeiner Anſchauung ein Plus gegenüber dem üblichen Gehalt darſtelle[2]). Im übrigen ſei der Fall dann gleich zu behandeln, wie wenn über die Vergütung überhaupt nichts vereinbart worden wäre. Gegenüber dieſer Anſchauung hält das Reichsgericht daran feſt, daß die Vereinbarung, die Vergütung des Angeſtellten ſolle lediglich in Gewinnbeteiligung beſtehen, für ſich allein nicht gegen die guten Sitten verſtoße, zu einem derartig weitgehenden Schutz beſtehe keine Veranlaſſung. Es bedürfe noch weiterer beſonderer Umſtände, um einen ſolchen Verſtoß darzutun. Alsdann ſei aber der ganze Vertrag, nicht nur die Gewinnbeteiligungsabrede nichtig[3]).

Dieſer Streit zwiſchen den untergeordneten Gerichten und der oberſten Inſtanz führt uns zu der Frage, wie wir uns zu dem — m. E. praktiſch verhältnismäßig ſeltenen — Fall ſtellen wollen, daß dem Angeſtellten neben der Gewinnbeteiligung eine feſte Vergütung nicht zugeſichert oder ihm ein beſtimmter Betrag nicht garantiert iſt[4]), und alsdann der Fall eintritt, daß kein Gewinn erzielt wird. M. E. iſt ein ſolcher Fall um deswillen heute ſelten praktiſch, weil im allgemeinen auf Grund irgend eines Tarifvertrags, der dem Angeſtelltenverhältnis zu Grunde liegt, ein feſtes Gehalt geſchuldet ſein wird und die Gewinnbeteiligung nur eine Art der übertariflichen Vergütung darſtellt. Immerhin iſt denkbar, daß ein Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt iſt und die Vertragsparteien oder eine derſelben keinem der Verbände angehört, die den Tarifvertrag abgeſchloſſen haben, oder daß es überhaupt an einem Tarifvertrag fehlt. Soll alsdann der Angeſtellte für ſeine Tätigkeit ohne jede Vergütung bleiben? Nach der Rechtſprechnung des Reichsgerichts iſt das dann der Fall, wenn nicht noch beſondere Umſtände hinzukommen, die eine Nichtigkeit des Vertrags rechtfertigen. Dieſes Ergebnis erſcheint unbillig, wenn man bedenkt, daß heute die Mehrzahl der Angeſtellten allein aus dem Verdienſt ihrer Tätigkeit ihren Lebensunterhalt beſtreiten müſſen. Ein ſolches Riſiko, leer auszugehen, wollte der Angeſtellte im Zweifelsfall nicht auf ſich nehmen, da damit ſeine ganze Exiſtenzgrundlage gefährdet iſt. Es entſpricht auch durchaus nicht dem Zweck des Vertrags, der vollkommen damit erreicht wird, daß ſich dem Angeſtellten der Vorteil erhöhter Vergütung bietet, wenn das Geſchäft mit durch ſeine Tätigkeit Gewinn abwirft; das allein genügt zum Anſporn ſeines Eifers und Intereſſes, worauf es dem Prinzipal in der Hauptſache ankommen wird. Den Angeſtellten zu dieſem Zweck der Gefahr auszuſetzen, ſeine wirtſchaftliche Exiſtenz zu untergraben, würde zu weit führen. In den meiſten Fällen — ſofern nicht ganz beſondere Umſtände dagegen ſprechen — wird daher angenommen werden müſſen, daß die Abſicht der Parteien dahin

[1]) Vgl. beſonders GKG 17, 229; 17, 251; 18, 108.
[2]) Troſt S. 59.
[3]) RG JW 1910 S. 5 Nr. 5, Warneyer RG 1914 Nr. 37. Dieſer Anſicht iſt inſoweit beizutreten, als der Mangel der Vereinbarung feſten Gehalts allein nicht eine Nichtigkeit der Gewinnbeteiligungsabrede zu begründen vermag. Vgl. unten nach Anm. 1, S. 55.
[4]) Dieſe Möglichkeit bejaht RG in SA 69, 240, Gruch. 47, 400 ff. Sie iſt unbeſtritten.

ging, der Angeſtellte habe mit der bloßen Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung nicht auf den gewöhnlichen Vergütungsſatz verzichten wollen, dies ſelbſt dann, wenn hievon nicht ausdrücklich die Rede war. In ſolchen Fällen muß alſo bei der Gewinnbeteiligungsabrede die vielfach ſtillſchweigende Bedingung angenommen werden, daß der Anteil die übliche Vergütung überſteigt oder wenigſtens nicht hinter ihr zurückbleibt. Dies entſpricht durchaus den wirtſchaftlichen Verhältniſſen der Parteien. Gegen eine ſolche Annahme kann nicht eingewendet werden, daß ſie eine Kalkulation des Prinzipals unmöglich mache und dadurch Unſicherheit erzeuge, denn mit den üblichen Vergütungsſätzen für ſeine Angeſtellten muß der Prinzipal mindeſtens rechnen. Die rechtliche Behandlung iſt alsdann die, daß es über die Höhe der Vergütung an einer Vereinbarung fehlt und daher die übliche, bezw. den Umſtänden nach angemeſſene Vergütung zu bezahlen iſt, § 59 HGB[1]). Wir kommen alſo zu dem Ergebnis, daß zwar die alleinige Vereinbarung des Gewinnanteils als Vergütung für wirkſam zu erachten iſt, daß aber in dieſem Fall, ſofern nicht beſondere Abmachungen oder Verhältniſſe dagegenſprechen, die übliche Vergütung als vereinbart gilt, falls der Gewinnanteil ausfällt oder hinter ihr zurückbleibt. Es bedarf daher nicht des von der Rechtſprechung der Kaufmannsgerichte gewählten Wegs. Die Rechtſprechung des Reichsgerichts iſt inſofern zu billigen, als ſich aus anderen Beſtimmungen des Vertrags als der alleinigen Gewinnbeteiligungsvereinbarung deſſen Nichtigkeit wegen Verſtoßes gegen die guten Sitten ergeben kann und alsdann der ganze Vertrag nach § 138 BGB nichtig iſt. In erſter Linie iſt aber der Schutz gegen Abwälzung des Geſchäftsriſikos ſeitens des Prinzipals in der Annahme eines „Surrogatlohns" zu ſehen. Dieſe Löſung entſpricht m. E. auch am beſten dem Grundſatz, daß Verträge nur in den äußerſten Fällen für nichtig zu halten ſind. Iſt das jedoch wirklich anzunehmen, ſo kann der Angeſtellte, da der Prinzipal durch die geleiſteten Dienſte bereichert iſt, die Rückgewähr der Bereicherung, § 812 Abſ. 1 BGB, und da eine ſolche nicht möglich iſt, den Wert der Dienſte erſetzt verlangen, mit anderen Worten die übliche Vergütung fordern, § 818 Abſ. 3 BGB.

IV. Erfüllt der Prinzipal die aus dem Anſtellungsvertrag ihm obliegenden Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig, ſo gelten die allgemeinen Grundſätze. Kommt er ſeiner Bilanzaufſtellungspflicht nicht nach, ſo kann der Angeſtellte auf Anfertigung einer ordnungsmäßigen Bilanz klagen; dieſes Recht ſteht ihm, wie wir oben geſehen haben[2]), auf Grund des Vertrags zu, nicht etwa, weil der Prinzipal ſeiner geſetzlichen Verpflichtung zur Aufſtellung der Bilanz nicht nachgekommen iſt. Dieſe Klage kann der Angeſtellte nach § 254 ZPO mit der Klage auf Zahlung des ſich aus der Aufſtellung ergebenden Gewinnanteils verbinden. Zahlt der Prinzipal lediglich den an ſich feſtgeſtellten und nicht beanſtandeten Gewinnanteil nicht aus, ſo kann der Angeſtellte mit der Leiſtungsklage Erfüllung des Vertrags verlangen. Für dieſe iſt, — was ſelbſtverſtändlich auch für die

[1]) So Crome S. 206, 209, Oertmann AL S. 44, Gierke, DPR III S. 616, Niepoth S. 51 ff, 64. A. A. Eck ZHR 48, 356, Troſt S. 61. Schwankend Steinkopf S. 17 und 25 ff., der auf die Höhe der Gewinnbeteiligung abſtellt und je nachdem Vereinbarung eines Surrogatlohns oder Vergütung lediglich durch Gewinnbeteiligung annimmt. Vgl. auch RG JW 1903, Beil. S. 17 Nr. 34.

[2]) Vgl. oben I Seite 43.

Hilfsanſprüche gilt. — durch das Arbeitsgerichtsgeſetz vom 23. 12. 1926[1]) die ausſchließliche Zuſtändigkeit der Arbeitsgerichte begründet, vgl. § 2 Ziff. 2 dieſes Geſetzes. Eine Vereinbarung der Zuſtändigkeit der ordentlichen Gerichte iſt nicht möglich, § 2 Abſ. 1 AGG. — Dieſer Leiſtungsanſpruch erfährt aber auch materiellrechtlich eine Sonderbehandlung, indem er nicht der üblichen Verjährungsfriſt der §§ 195, 198 BGB unterworfen iſt. Dieſer Verjährung unterliegt nur der Anſpruch auf Aufſtellung der Bilanz, durch die der Anſpruch auf den Gewinnanteil zur Entſtehung gelangt[2]). Der Anſpruch auf Auszahlung des Anteils dagegen verjährt nach § 196 Ziff. 8 in zwei Jahren nach dem Schluß des Jahres, in dem er zur Entſtehung gelangt iſt, da er ein Vergütungsanſpruch für Dienſtleiſtungen iſt. Unerheblich iſt dabei, ob dem Angeſtellten die Berechnung oder ihr Ergebnis mitgeteilt worden iſt[3]). Die Anſicht Steinkopfs[4]), wonach die vierjährige Verjährung des § 197 BGB eintritt, iſt falſch, da dieſer Regelung diejenige des § 196 BGB vorgeht[5]). Dieſer kurzen Verjährung unterliegen aber auch die Anſprüche auf Auszahlung eines höheren Gewinnanteils wegen unrichtiger Gewinnberechnung[6]). Endlich richtet ſich der Aufwertungsanſpruch als ein Teil des Hauptanſpruchs nach deſſen Verjährungsfriſt. Es kann daher heute keine Aufwertungsforderung aus Gewinnbeteiligung mehr erhoben werden, da eine Hemmung der Anſpruchsverjährung in entſprechender Anwendung des § 202 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen wird, in dem der Aufwertungsgedanke unter Billigung des Reichsgerichts ſich durchgeſetzt hatte. Als dieſer Zeitpunkt iſt nach der höchſtrichterlichen Rechtſprechung der 1. 7. 1924 anzuſehen. Denn damals ſpäteſtens war der Hemmungsgrund für die Verfolgung des Aufwertungsanſpruchs weggefallen und das Ruhen der Verjährung hatte damit ſein Ende gefunden[7]). — Derſelben Verjährungsfriſt unterliegt auch der Anſpruch des Angeſtellten auf Schadenserſatz, den er dann ſtellen kann, wenn zwar der Gewinn richtig berechnet iſt, aber das Gewinnergebnis durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals zu ſeinen Ungunſten beeinflußt wurde. Denn die ratio legis iſt die, den Angeſtellten mit Rückſicht auf die prompte Erledigung des geſchäftlichen Verkehrs und die nach längerer Zeit eintretende Verdunkelung des Sachverhalts zu einer baldigen Geltendmachung ſeiner Anſprüche zu veranlaſſen. Und dieſer Schadenserſatzanſpruch iſt kein ſelbſtändiger, vom Vertrag losgelöſter, ſondern ein in ihm wurzelnder Anſpruch. Sein Zweck iſt, wirtſchaftlich denſelben Erfolg und Zuſtand herbeizuführen, der eingetreten wäre, wenn beide Teile den Vertrag ordnungsmäßig erfüllt hätten. Sowohl Urſprung wie Ziel des Vergütungs- und des Schadenserſatzanſpruchs ſind alſo dieſelben; der letztere tritt vollſtändig an die Stelle des erſteren und erſetzt ihn in jeder Richtung. Daher muß er auch derſelben Verjährung unterliegen, wie dieſe, wenn der geſetzgeberiſche Zweck des § 196 Ziff. 8 BGB erreicht

[1]) RGBl I S. 507.

[2]) Michels im Recht 1912 S. 620, Staub Anm. 10 a. A. zu § 265, Titze a. a. O. S. 842; vgl. Eckſtein in LZ 1920 S. 379.

[3]) Riezler bei Staudinger Anm. 3 b zu § 198, vgl. Staub Anm. 10 zu § 65, RG JW 1918, 550 = LZ 1918 1077 Nr. 25 a. A., Troſt S. 11.

[4]) S. 39.

[5]) Bode S. 37. Vgl. Staub Anm. 10 zu § 65, Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59 u. a. m.

[6]) Kiefe i. Recht 1912, S. 703.

[7]) Vgl. RG 120, 355, RG JW 1928 S. 2839 und dort Zitierte, RAG 2, 330 — JW 1929, 2438, JW 1930 2465 Nr. 1.

werden soll[1]). Nur im Falle arglistiger Täuschung greifen besondere Vorschriften ein[2]). Und hat der Prinzipal durch sein ursprüngliches Auftreten Anlaß zu der irrigen Annahme des Angestellten gegeben, es sei überhaupt kein Reingewinn erzielt, so verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er sein schon damals vertragswidriges Verhalten nunmehr dahin ausnützt, daß er den nach Aufklärung des Irrtums ohne schuldhaftes Zögern erhobenen Ansprüchen des Angestellten gegenüber sich auf den Ablauf der Verjährungsfrist beruft. In einem solchen Fall kann der Angestellte nach den vom Reichsgericht entwickelten Grundsätzen[3]) der Verjährungseinrede des Prinzipals die Gegeneinrede der Arglist entgegenhalten[4]).

Infolge der Nichtauszahlung hat der Angestellte die Möglichkeit, den Prinzipal als Schuldner der Vergütung in Verzug zu setzen, § 284 Abs. 1 BGB. Ist das der Fall, so kann er nach § 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen und nach § 288 Abs. 2 in Verbindung mit § 286 Abs. 1 BGB Ersatz des ihm durch den Verzug evtl. erwachsenen Schadens verlangen. Der Prinzipal hat auch während seines Verzugs eine etwa durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung zu verantworten. Außerdem hat der Angestellte dadurch, daß der Prinzipal die vertragsmäßige Vergütung nicht leistet, ein Recht zur Kündigung des Anstellungsvertrags ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, §§ 70. 71 Nr. 2 HGB, und kann alsdann den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Dieser wird meist darin zu finden sein, daß ihm die vertragsmäßig zugesicherte Vergütung entgeht. Diese ist alsdann nach § 249 BGB bis zum Ablauf der gesetzlichen bezw. vertraglichen Kündigungsfrist oder bis zu einem evtl. früheren Eintritt in ein neues Dienstverhältnis zu bezahlen.

V. Die Vergütungsansprüche des Angestellten bedürfen aber nicht nur des Schutzes gegen Einwirkungen von Seiten seines Prinzipals, sondern das Problem ihrer Sicherung ist auch noch nach zwei anderen Seiten zu erörtern. Eine Gefährdung kann ihnen von Seiten der Gläubiger des Angestellten selbst drohen, eine ebensolche ist aber möglich durch die Konkurrenz der Ansprüche anderer Gläubiger des Prinzipals mit den seinen. Im ersten Fall ist zu berücksichtigen, daß die Tätigkeit des Angestellten für ihn oft die einzige Möglichkeit bietet, sich seinen Lebensunterhalt zu sichern. Die ihm aus dieser Tätigkeit erwachsende Vergütung muß ihm daher wenigstens innerhalb gewisser Grenzen zur Bestreitung seiner eigenen Lebensbedürfnisse erhalten bleiben, um ihm die Arbeit nicht ganz zu verleiden und ihn der öffentlichen Fürsorge zur Last fallen zu lassen. Diese Gedankengänge haben zur Schaffung des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. 6. 1869 geführt, dessen Grundzüge seither mannigfache Modifikationen erfahren haben[5]); seinen Schutzbestimmungen, soweit es zum Zuge kommt, ist die Gewinnbeteiligung ebenso unterworfen wie das feste Gehalt des Angestellten, § 3 Abs. 1 LBG[6]). Nach § 1 dieses Gesetzes ist die Beschlagnahme

[1]) RG 61, 390, LZ 1918, 1077 Nr. 25 JW 1918, 550 Nr. 1, Riezler bei Staudinger Anm. 4 zu § 198, Michels i. Recht 1912 S. 759 gegen Kiese ebenda S. 703.
[2]) §§ 826, 852 BGB. Vgl. Staub Anm. 10 zu § 65, Michels i. Recht 1912 S. 759.
[3]) Vgl. RG 87, 281.
[4]) So LZ 1918, 1077 Nr. 25.
[5]) Jetzige Fassung vom 29. 3. 1897.
[6]) Staub Anm. 47 zu § 59, Düringer-Hachenburg Anm. 39 zu § 59, vgl. auch Titze a. a. O. S. 637 ff, insbesondere S. 639, Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 8 a zu § 611, OLGR 16, 326; 37, 182.

der Vergütung des Angeſtellten im Wege gerichtlicher Pfändung nur unter beſtimmten Vorausſetzungen zuläſſig: Die Leiſtung der Dienſte muß erfolgt ſein, die Vergütung muß fällig geworden ſein, ſie muß am Fälligkeitstage nicht eingefordert worden ſein und zudem wird die geſamte Vergütung nur bis zu einem gewiſſen Mindeſtbetrag geſchützt[1]). Der darüber hinausgehende Betrag iſt keinerlei Pfändungsbeſchränkungen unterworfen. Von beſonderem Intereſſe iſt bei der Gewinnbeteiligung der Fälligkeitstag, nach dem früheſtens die Pfändbarkeit des Gewinnanteils eintritt. Wir haben oben[2]) geſehen, daß hierfür nicht ein für allemal ein Zeitpunkt feſtſteht, ſondern daß der Anteil mit der Fertigſtellung der Bilanz fällig wird. Dies führt zu der Schwierigkeit, daß zwar der Gewinnanteil fällig ſein kann, der Angeſtellte ihn aber deshalb nicht anfordert, weil er von ſeiner Fälligkeit nichts weiß und ſeine Höhe nicht kennt. Iſt damit der Gewinnanteil ohne weiteres der Beſchlagnahme unterworfen? Die Anſicht Troſt's[3]), der die Fälligkeit des Anſpruchs erſt mit der Mitteilung oder Bekanntgabe der Bilanz und Gewinn- und Verluſtrechnung eintreten läßt, wurde oben abgelehnt[4]). Um zu einer befriedigenden Löſung zu kommen, müſſen wir auf den Grundgedanken des Geſetzes zurückgehen, um hieran anzuknüpfen. Der Beſtimmung, daß die Vergütung für Dienſtleiſtungen dann nicht vom Geſetzgeber geſchützt wird, wenn ſie fällig war und vom Berechtigten nicht angefordert wurde, liegt die Überlegung zu Grund, daß derjenige Arbeitnehmer, der ſeine Vergütung in Kenntnis ihrer Fälligkeit nicht für ſich in Anſpruch nimmt, ihrer offenbar zur Beſtreitung ſeines notwendigen Lebensunterhaltes nicht bedarf[5]). Eine derartige, in dem Nichtanfordern der Vergütung liegende Willenserklärung des Arbeitnehmers kann aber nur angenommen werden, wenn er wirklich gewußt hat, daß er eine ſolche Vergütung bereits fordern kann. Wir kommen alſo auf anderem Wege zu dem gleichen Ergebnis wie Troſt[6]), daß der Gewinnanteil erſt gepfändet werden kann, wenn der Angeſtellte von ſeiner Fälligkeit wußte und trotzdem ſeine Auszahlung vom Prinzipal nicht verlangt hat. Um ſeinen Arbeitsverdienſt dem Zugriff ſeiner Gläubiger freizugeben, muß er ihn bewußt nach Fälligkeit nicht verlangt haben: Es genügt nicht die Fälligkeit des Gewinnanteils allein, ſondern es bedarf zu deſſen Pfändbarkeit auch der Kenntnis des Angeſtellten von der Fälligkeit und des Verzichts auf deren Geltendmachung. Erſt damit hat der Angeſtellte indirekt erklärt, er benötige dieſen Betrag zu ſeinem notwendigen Lebensunterhalt nicht und auch das Staatsintereſſe an ſeinem Schutz fällt weg. Im übrigen dürfte dieſer Frage wenig praktiſche Bedeutung zukommen, da der Angeſtellte neben ſeinem Gewinnanteil meiſtens feſtes Gehalt bezieht und dieſes mindeſtens die pfändungsfreie Grenze erreichen wird; damit iſt der Gewinnanteil der Beſchlagnahme überhaupt nicht entzogen. Bleibt das Gehalt allerdings hinter der Schutzgrenze zurück, ſo iſt derjenige Teil des Gewinnanteils, der es bis zur Höhe des pfändungsfreien Betrags ergänzt, ebenfalls im Rahmen des Geſetzes geſchützt. Dieſe Schutzbeſtimmungen ſind unabdingbar, vgl. § 2 Abſ. 1 LBG.

[1]) Vgl. § 4 Ziff. 4 LBG in Verbindung mit § 1 der VO über Lohnpfändung vom 25. 6. 1919. Dieſe mehrfach geändert, letztmals durch Geſetz vom 27. 2. 1928, RGBl. I S. 45.
[2]) § 5 II der Arbeit bei Anm. 3, S. 38 und dieſe.
[3]) S. 11/12.
[4]) Vgl. die Anm. 2 zitierte Stelle.
[5]) Geht die Vergütung über die hiefür vorgeſehene Mindeſtgrenze hinaus, ſo unterliegt ſie ſowieſo nicht dem geſetzlichen Schutz.
[6]) S. 62.

Insoweit der Gewinnanteil des Angestellten gegen Pfändung gesichert ist, ist er auch gegen eine rechtsgeschäftliche Verfügung seitens des Angestellten geschützt, § 2 Abs. 2 LBG, § 400 BGB. Es kommt diesen Schutzbestimmungen also nicht nur prozeßrechtliche, sondern auch materiellrechtliche Bedeutung zu. Sie bezwecken solche Rechtsgeschäfte des Angestellten zu verhindern, die im wirtschaftlichen Enderfolg eine Entäußerung seines Anspruchs bedeuten, gelten also für alle unmittelbaren Einwirkungen auf den Gewinnbeteiligungsanspruch [1]). Daher ist der Begriff der Verfügung im Lohnbeschlagnahmegesetz auch enger aufzufassen als im Bürgerlichen Gesetzbuch und umfaßt nicht etwa Stundungen oder Vereinbarungen einer Leistung an Erfüllungsstatt [2]). Daß hierunter auch der Aufrechnungsvertrag fällt, dürfte sich von selbst verstehen [3]). Kraft positiver Gesetzesbestimmung ist gegen den Gewinnanteil aber auch, soweit er der Pfändung entzogen ist, die (einseitige) Aufrechnung seitens des Prinzipals unzulässig, § 394 BGB. Diese Bestimmung verfolgt denselben Zweck wie die bisher besprochenen und war erforderlich, um deren Umgehung zu verhindern. Eine solche einseitige Aufrechnung liegt allerdings dann nicht vor, wenn Vorschußzahlungen auf den endgültigen Gewinnanteil angerechnet werden sollen, denn diese sind im Voraus geleistete Teile des Gewinnanteils und mindern insoweit den Anspruch auf diesen [4]). — Das Verbot der einseitigen Aufrechnung gilt jedoch nicht, soweit dem Prinzipal ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Angestellten zusteht, der sich auf vorsätzliche Vertragsverletzung oder vorsätzliche unerlaubte Handlung des Angestellten gründet. Denn der Angestellte, der den Prinzipal vorsätzlich geschädigt hat, kann sich nach Treu und Glauben nicht auf das Aufrechnungsverbot berufen [5]).

Soweit die Vergütung unter der Grenze der VO über Lohnpfändung bleibt, kann an ihr auch kein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden, wenn der Prinzipal eine in Geld bestehende Gegenforderung hat; denn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts würde in ihrer Wirkung der Aufrechnung tatsächlich gleichkommen. Das Verbot des § 394 BGB ist daher insofern auf das Zurückbehaltungsrecht auszudehnen, um diese Bestimmung nicht illusorisch zu machen [6]). Selbstverständlich gilt auch hier die eben aufgestellte Ausnahme.

Auch den pfändbaren Teil des Vergütungsanspruchs dem Zugriff der Gläubiger des Angestellten zu entziehen, dienen die sogenannten 1500 Mark-Verträge [7]). Sie werden im allgemeinen in der Weise abgeschlossen, daß der Angestellte sich vom Prinzipal nur eine Vergütung in Höhe der nicht der Pfändung unterworfenen Summe zusichern, den Mehrbetrag aber an die Ehefrau oder sonstige unterhaltsberechtigte Angehörige zu leisten in

[1]) RG 90, 399, vgl. auch 41 S. 54.
[2]) Vgl. Titze a. a. O. S. 637 Anm. 4 und dort Zitierte.
[3]) Vgl. Lotmar I S. 408/409.
[4]) Vgl. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 8c zu § 611.
[5]) RG. 85, 116 f., Staub Anm. 47b zu § 59. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 8c zu § 611, Planck Anm. 2a ε zu § 273 und Anm. 2 zu § 394. Titze a. a. O. S. 829. Oertmann A. L. S. 126. Zum Teil bestritten, vgl. die bei Staudinger Zitierten. — Vgl. außerdem die ausdrückliche Bestimmung des § 183 Angest. Vers. Ges. bezüglich der Aufrechnung.
[6]) So RG 85, 108 ff. und Warneyer 1915 S. 12 entgegen RG 55, 1 ff. Ebenso OLGR 18, 1, Staub Anm. 47b zu § 59, Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 8d zu § 611, Planck Anm. 2a ε zu § 273, Hueck-Nipperdey I S. 211/212, Kaskel S. 102, Lotmar I S. 423 ff. u. a. m. A. M. u. a. noch Enneccerus I 2, § 249 I 3.
[7]) Vgl. dazu insbesondere Titze a. a. O. S. 644 und dort Anm. 1 Zitierte, Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 8a zu § 611 und dort Zitierte, Gruch. 58, 1 ff.

der Form des Vertrags zu Gunſten Dritter ſich verſprechen läßt. Dieſen Anſpruch kann dann der Gläubiger des Angeſtellten, da er ſeinem Schuldner nicht zuſteht, nicht pfänden, obwohl er wirtſchaftlich natürlich dem Schuldner zugute kommt. Dieſe Verträge wurden dadurch begünſtigt, daß die Unpfändbarkeitsgrenze das LBG das Exiſtenzminimum nicht mehr ſicherte und die Geſetzgebung dieſer Erſcheinung nicht Rechnung trug. Ihre Zuläſſigkeit iſt beſtritten. Das Reichsgericht[1]) hat ſie bejaht, ſofern der Geſamtbetrag der gewährten Vergütung das Maß deſſen nicht überſchreitet, was zum Unterhalt des Schuldners und ſeiner Familie bei einer beſcheidenen, dem Stand des Angeſtellten entſprechenden Lebensführung erforderlich iſt; einmal hat es ihm ſogar nur den notdürftigen Unterhalt zugebilligt[2]). Dieſen Entſcheidungen hat ſich trotz dem Widerſpruch, den ſie in der Literatur faſt allgemein fanden[3]) und trotz der vollſtändig veränderten Geſetzgebung die Rechtſprechung des Reichsarbeitsgerichts angeſchloſſen[4]). Ihre Aufrechterhaltung erſcheint insbeſondere bei der vollſtändig veränderten Faſſung des Geſetzes, das die ſtarre Pfändungsgrenze aufgegeben hat und zudem auf die Familienverhältniſſe des Arbeitnehmers Rückſicht nimmt[5]) nicht gerechtfertigt[6]). Die Rechtſprechung der Landesarbeitsgerichte nimmt m. E. ganz mit Recht zum Teil dagegen Stellung[7]). Der einzige Zweck ſolcher Verträge kann, nachdem eine weitgehende Sicherung der Exiſtenz des Arbeitnehmers durch das Geſetz erfolgt iſt, nur der ſein, den pfändbaren Gehaltsteil dem Zugriff der Gläubiger des Angeſtellten zu entziehen. Das Landesarbeitsgericht Frankfurt[8]) hebt mit Recht hervor, daß die Vertragsparteien gar nicht daran denken, der Angeſtellte wolle wirklich ernſtlich für den geringen unterhalb der Pfändungsgrenze liegenden Gehalt arbeiten und der Prinzipal nur etwa aus Freigebigkeit deſſen Ehefrau noch eine weitere Summe zubilligen. Der geſamte zu zahlende Betrag ſei nach wie vor in Wirklichkeit die Vergütung des Angeſtellten für ſeine Tätigkeit. Solchen Verträgen aber, die unter Mißbrauch der geſetzlich zuläſſigen Vertragsformen den einzigen Zweck der Umgehung des Geſetzes verfolgen, könne das Recht nicht zur Seite ſtehen. Sie ſind daher als Scheinverträge nichtig, § 117 Abſ. 1 BGB. Die durch ſie verdeckten Anſtellungsverträge aber, auf Grund deren die geſamte Vergütung dem Angeſtellten zuſteht, ermöglichen eine Pfändung des Vergütungsanſpruchs innerhalb der geſetzlichen Grenzen, § 117 Abſ. 2 BGB. Eine ſolche Entſcheidung entſpricht durchaus der Billigkeit und erübrigt ein Eingehen auf andere Rechtsbehelfe gegen die Wirkſamkeit ſolcher Verträge[9]).

Die Vergütungsanſprüche des Angeſtellten bedürfen weiterhin einer Sicherung gegenüber der Konkurrenz anderer Gläubiger des Prinzipals. Dieſe Frage wird insbeſondere akut für den Fall, daß über das Vermögen des Prinzipals das Konkursverfahren eröffnet wurde. Die Anſprüche

[1]) Vgl. insbeſondere RG 69, 59; 81, 41.
[2]) RG JW 1912 S. 689, Nr. 13.
[3]) Vgl. insbeſondere Titze a. a. O. S. 644 ff., Stein-Jonas II Anm. V nach § 850, neueſtens Krüger DJZ 1930, 588 ff. A. A. Nipperdey bei Staudinger Anm. VIII 8 a zu § 611, offenbar auch Staub Anm. 47 c zu § 59.
[4]) RAG 2, 119 ff. Arb. Rſpr. I 353 f., II 335 f., 396 ff.
[5]) Vgl. § 1 der VO vom 25. 6. 19 in der Faſſung vom 27. 2. 1928, RGBl. I S. 45.
[6]) Ebenſo Volkmar zu Arb. Rſpr. III 393 ff. und 396 ff.
[7]) Arb. Rſpr. II 393 ff., III 65 ff.
[8]) Arb. Rſpr. III 65 ff. Ebenſo Stein-Jonas II Anm. V nach § 850 und auch ſchon OLGR 26, 402; 28, 20.
[9]) A. M. Titze a. a. O. S. 644 ff.

des Angeſtellten aus dem letzten Jahr vor Eröffnung des Verfahrens oder Tod des Gemeinſchuldners werden nach § 61 Ziffer 1 KO als bevorrechtigte Konkursforderungen an erſter Stelle befriedigt. Dies trifft auch für die Gewinnbeteiligung als „andere Dienſtbezüge" im Sinne des Geſetzes zu. Es erübrigt ſich, von dem Fall zu ſprechen, daß von der Zeit ſeit dem Schluß des letzten Geſchäftsjahrs bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens der Gewinnanteil zu berechnen ſei. Denn die Vorausſetzungen des Anſpruchs ſind das gewinnbringende Ergebnis eines ganzen Geſchäftsjahres, dieſes aber wird durch die Konkurseröffnung unterbrochen, ganz abgeſehen davon, daß ein Konkurs regelmäßig nach verluſtreicher Geſchäftsführung eröffnet wird. Es kann aber der Fall eintreten, daß das letzte Geſchäftsjahr mit einem Reingewinn abgeſchloſſen hat, wenn dieſer auch nur darin beſtand, den Verluſtvortrag zu mindern. Dieſer Reingewinn iſt, außer bei den juriſtiſchen Perſonen des Handelsrechts, bei denen, wie wir geſehen haben, im Zweifel die Vorſchriften des § 237 HGB entſprechend Anwendung finden[1]), der Gewinnbeteiligung unterworfen und dieſe Forderung des Angeſtellten wird im Konkurs des Prinzipals wie eine regelmäßige Gehaltsforderung geſchützt. Bei der Feſtſtellung, ob der Gewinnanteil aus dem letzten Jahr vor der Konkurseröffnung ſtammt, iſt nicht entſcheidend, daß er zu dieſer Zeit fällig geworden iſt, ſondern ob und daß die Dienſte im letzten Jahr geleiſtet worden ſind. Nur dieſer Teil des ganzen Gewinnanteils iſt bevorrechtigt, der einem Zeitraum des letzten Geſchäftsjahres entſpricht, der noch innerhalb der Friſt von einem Jahr vor Eröffnung des Verfahrens liegt[2]). Der Grund dieſes Vorrechts iſt ähnlich dem, der zur Regelung des Lohnbeſchlagnahmegeſetzes geführt hat, darin zu ſuchen, dem Angeſtellten den notwendigen Lebensunterhalt zu ſichern. Andererſeits iſt Umfang und Friſt in der Konkursordnung weiter erſtreckt, weil hier den Nutzen vom Freiwerden des Anſpruchs nicht die Gläubiger des Angeſtellten haben, ſondern die mit ihm konkurierenden Gläubiger des Prinzipals. — Schließt der Prinzipal einen gerichtlichen Vergleich[3]), ſo fällt die Forderung des Angeſtellten nicht unter dieſen, vgl. § 2 VglO in Verb. mit § 61 Ziff. 1 KO, da vom Vergleich nur ſolche Gläubiger betroffen werden, die im Konkursfall nicht bevorrechtigt wären.

§ 7 Der Einfluß des Gewinnanteils bei Berechnung der Gehaltsgrenzen.

I. Die Gehaltsgrenze ſpielt für die Abgrenzung der gerichtlichen Zuſtändigkeit ſeit Einführung der Arbeitsgerichtsbarkeit keine Rolle mehr[4]). Bis zu deſſen Inkrafttreten war ſie für die Begründung der Zuſtändigkeit des Kaufmannsgerichts von Belang[5]). — Dagegen iſt die Gehaltsgrenze heute noch von Bedeutung bei Wettbewerbsvereinbarungen zwiſchen Prinzipal und Angeſtelltem. Eine ſolche iſt nur wirkſam, wenn der Prinzipal dem Angeſtellten einen Teil ſeiner bisher bezogenen Vergütung weiterzuzahlen verſpricht, § 74 Abſ. 2 HGB: Grundſatz der ſogenannten be-

[1]) § 5 II der Arbeit, vgl. oben S. 34 ff.
[2]) Jäger Anm. 17 zu § 61, LZ 1907, 680 Nr. 17.
[3]) Vgl. Reichsgeſetz vom 5. 7. 1927, RGBl. I S. 139.
[4]) Vgl. § 2 Abſ. 1 AGG.
[5]) Vgl. § 4 des KfGG vom 4. 7. 1904.

zahlten Karenz[1]). Dabei ist ausdrücklich festgelegt, in welcher Art die Gewinnbeteiligung bei der Berechnung der sogenannten Karenzentschädigung berücksichtigt werden soll. Sie fällt unter die sogenannten wechselnden Bezüge des Gesetzes, die nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre vor Beendigung des Anstellungsvertrags in Ansatz kommen sollen; bestand die Gewinnbeteiligung noch keine drei Jahre, so hat die Berechnung nach dem Durchschnitt des Zeitraums zu erfolgen, für den die Gewinnbeteiligung bestanden hat, § 74 b Abs. 2. Dieser Zeitraum ist von der Beendigung des Dienstverhältnisses an rückwärts zu berechnen[2]). Das führt zu der Schwierigkeit, daß bei Lösung des Vertragsverhältnisses im Laufe des Geschäftsjahres die Berechnung der der Entschädigung zu Grunde zu legenden wechselnden Bezüge hier erst nach Fälligkeit des letzten Gewinnanteils[3]) erfolgen kann. Andererseits bestimmt aber § 74 b Abs. 1 HGB, daß diese Entschädigung am Schluß jedes Monats zu bezahlen ist; dies gilt auch, soweit sie Entschädigung für früher bezogenen Gewinnanteil enthält. Dieser wird durch die Umrechnung auf einen längeren Zeitraum wie festes Gehalt behandelt. Das kann aber so lange nicht gelten, als diese Umrechnung noch garnicht möglich ist, nämlich für den Zeitraum zwischen der Auflösung des Vertrags und der Gewinnberechnung des zu jenem Zeitpunkt laufenden Geschäftsjahrs. Für diesen Zeitraum kann daher die Karenzentschädigung, so weit sie durch den Durchschnitt des Gewinnanteils bestimmt wird, erst mit der Quote des letzten Gewinnanteils fällig werden. Erst dann ist sie festbestimmt, wird durch das Ergebnis des Betriebs nicht mehr berührt und wird daher der gesetzlichen Vorschrift entsprechend monatlich fällig. Diese Lösung ergibt sich m. E. zwangsläufig aus der Bestimmung des Gesetzes in Verbindung mit der üblichen Gewinnanteilsberechnung im Fall des Ausscheidens des Angestellten während des Geschäftsjahres.

Für die Gültigkeit des Wettbewerbsverbots sind aber weiterhin zwei Gehaltsgrenzen bestimmt. Es ist immer ungültig, auch bei Vereinbarung einer Entschädigung, wenn die dem Angestellten zustehenden vertragsmäßigen Leistungen 1500 Mark (Grundzahl) x Teuerungszahl pro Jahr nicht erreichen[4]). Dagegen ist es immer gültig, auch ohne Vereinbarung einer Karenzentschädigung, wenn der Angestellte 8000 Mark (Grundzahl) x Teuerungszahl pro Jahr bezieht[5]). Für diesen Fall ist ausdrücklich bestimmt, daß die Berechnung wie bei der Karenzentschädigung erfolgen soll. Die Vereinbarung ohne Zusicherung einer Entschädigung verliert also ihre Wirksamkeit, wenn die vertragsmäßigen Leistungen einschließlich des umgerechneten Gewinnanteils unter dieser Grenze bleiben. Für die untere Gehaltsgrenze ist die gleiche Berechnung nicht ausdrücklich bestimmt, muß aber trotzdem gelten. Denn es ist in § 74 a Abs. 2 HGB ebenfalls von vertragsmäßigen Leistungen die Rede und diese Gleichheit des Ausdrucks weist neben dem Grundgedanken der gesetzlichen Bestimmung m. E. zwingend auf eine gleiche Behandlung hin[6]).

[1]) Titze a. a. O. S. 806. Über das vertragliche Wettbewerbsverbot im einzelnen vgl. Titze S. 803 ff. sowie die Kommentare.
[2]) Titze a. a. O. S. 807.
[3]) § 5 II der Arbeit am Ende, vgl. oben S. 40 f.
[4]) Vgl. § 74 a Abs. 2 HGB in Verbindung mit der VO vom 23. 10. 1923 §§ 1-3, RGBl. I S. 967.
[5]) § 75 b Satz 2 HGB, §§ 1-3 VO vom 23. 10. 1923.
[6]) Ebenso Titze a. a. O. S. 803, aber mit anderer Begründung.

III. Denſelben Zweck wie dieſe Einſchränkung des vertraglichen Wettbewerbsverbots, nämlich den Schutz des untergeordneten, finanziell von ſeinem Prinzipal nicht unabhängigen Angeſtellten hat auch die Regelung des vertraglichen Kündigungsrechts, § 67 HGB. Den gleichen Gedankengang, wie die Ausnahmebeſtimmung des § 75 b HGB zeigt aber auch diejenige des § 68 HGB. Ein Schutz des Angeſtellten erſcheint dann nicht mehr erforderlich, wenn er ein derartig hohes Gehalt bezieht, daß ſeine wirtſchaftliche Selbſtändigkeit als geſichert gelten kann. Nur die Grenze des § 68 Abſ. 1 HGB iſt eine andere als die des § 75 a HGB; ſie iſt 5000 Mark (Grundzahl) x Teuerungszahl, § 68 Abſ. 1 HGB, §§ 1-3 der VO vom 23. 10. 23. Nach allgemein herrſchender Anſicht iſt bei der Berechnung aber nur das feſte Gehalt heranzuziehen[1]). Dieſe Anſicht beruht m. E. auf Wortauslegung. Es muß allerdings zugegeben werden, daß in § 68 Abſ. 1 HGB nur von Gehalt, nicht von vertragsmäßigen Leiſtungen die Rede iſt. Dies bietet aber m. E. keinen durchſchlagenden Grund dafür, die Grenzen anders zu berechnen, als bei der im übrigen durchaus konformen Beſtimmung über die Konkurrenzklauſel. Im Gegenteil iſt dieſe Berechnungsart auch auf die Feſtſtellung anzuwenden, ob eine Vereinbarung gegen § 67 HGB zuläſſig iſt. Für eine derartige Behandlung ſpricht auch die Übereinſtimmung des anderen Ausnahmefalls, dem die gleiche Wirkung beigelegt iſt, vgl. § 68 Abſ. 2 und § 75 a HGB.

§ 8. Die Gewinnbeteiligung de lege ferenda.

I. Bei dem heutigen Stand der Geſetzgebung über das Arbeitsvertragsrecht mußte es die Hauptaufgabe der vorliegenden Arbeit ſein, das geltende Recht und ſeine Streitfragen darzuſtellen. Doch würde es eine Unvollſtändigkeit bedeuten, die beſprochenen Fragen nicht auch de lege ferenda zu erörtern. Insbeſondere muß der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgeſetzes berückſichtigt werden. Dieſer ſieht, wie ſeine Begründung hervorhebt[2]), — in Übereinſtimmung mit den Leitſätzen des 32. Deutſchen Juriſtentags[3]) — von einer geſetzlichen Einführung der Kapital- und Gewinnbeteiligung deswegen ab, weil ſich die Entwicklung noch zu ſehr im Fluß befinde und zudem das Recht genügend Möglichkeiten zu deren freiwilliger Einführung biete. Immerhin widmet er einige wenige Beſtimmungen[4]) der Gewinnbeteiligung als Entgeltsform, die im weſentlichen einen Niederſchlag des geltenden Rechts darſtellen und zudem weitgehend mit außerdeutſchen Geſetzen und Entwürfen übereinſtimmen. Die Beſtimmung des § 58 EAVG lautet:

> Iſt bedungen, daß das Entgelt ganz oder teilweiſe in einem Anteil am Gewinn aus allen oder beſtimmten Geſchäften beſteht oder der Gewinn in

[1]) Staub Anm. 1 zu § 68, Düringer-Hachenburg Anm. 2 zu § 68, Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 68, Makower Anm. zu § 64, Titze a. a. O. S. 684, Horwitz S. 121, OLGR 9, 250.

[2]) RABl., 28. Sonderheft, S. 18.

[3]) Verhandlungen des 32. Deutſchen Juriſtentags S. 298 ff., 1. Leitſatz.

[4]) RABl. 1923, amtl. Teil S. 498 ff., §§ 58-60. — Vgl. zum Entwurf insbeſondere Hueck DJZ 1924, 437 ff., Silberſchmidt GKG 29, 185 ff., Kreller AZPr. NF II 1 ff., III 263 ff., V 1 ff., Molitor in RABl. 1924, nicht amtl. Teil S. 79 ff., 143 ff., 201 ff., L. Richter ebendort, 230 ff., Hueck ebendort, 260 ff., Lautner S. 430 ff.

anderer Art für die Höhe des Entgelts maßgebend ist, so findet die Abrechnung für jedes Geschäftsjahr auf Grund einer kaufmännischen Bilanz statt[1]). Der Gewinnanteil ist unverzüglich nach Feststellung der Bilanz zu zahlen.

Der Arbeitnehmer kann eine Abschrift der Bilanz und die zur Prüfung der Abrechnung nötige Einsicht in die Bücher verlangen[2]). Hiebei kann er sich eines von ihm zu bestimmenden beeidigten Bücherfachverständigen bedienen.

§ 58 Abs. 1 EAVG zeigt also dem Sinne nach eine vollständige Angleichung an § 337 Abs. 1 HGB des geltenden Rechts, ebenso § 58 Abs. 2 EAVG an § 338 Abs. 1 HGB. — § 59 EAVG bestimmt:

Bei der Feststellung des vom Ergebnis eines Geschäftsjahrs abhängigen Entgelts darf mangels anderer Vereinbarung der Gewinn aus diesem Geschäftsjahr nicht zum Ausgleich des Verlust aus anderen Geschäftsjahren verrechnet werden. Entsprechendes gilt da, wo der Gewinn aus einem einzelnen Geschäftszweig entscheidend, hinsichtlich des Verlusts aus anderen Geschäftszweigen.

Unterliegt bei Vereinen oder sonstigen Körperschaften die Berechnung des Gewinnanteils des Vorstands besonderen gesetzlichen oder satzungsmäßigen Bestimmungen, so gilt dies im Zweifel auch für die Arbeitnehmer.

Schließlich bestimmt § 60 EAVG noch:

Beginnt oder endet das Arbeitsverhältnis inmitten des Geschäftsjahrs, so gebührt dem Arbeitnehmer im Zweifel ein dem Jahresteil entsprechender Gewinnanteil[3]).

Die §§ 58 Abs. 1 Satz 2, 59 Abs. 2 und 60 bilden lediglich Auslegungsregeln, wie sich aus ihrer Fassung ergibt; dasselbe gilt für § 17 Abs. 1, Satz 2 des tschech. Entwurfs. Auch die übrigen Bestimmungen sind, wie die Begründung des Entwurfs ausdrücklich hervorhebt, nicht unabdingbar.

Von den sonstigen Bestimmungen des Entwurfs sind für unsere Arbeit einige von besonderer Bedeutung und deshalb zu besprechen. So verzichtet § 2 Abs. 2 EAVG auf die Unterscheidung zwischen kaufmännischen und gewerblichen Angestellten der §§ 59 HGB, 133 a Gew. O. und sonstigen Angestellten, indem er bestimmt:

Angestellte sind Arbeitnehmer, die überwiegend höhere oder kaufmännische oder büromäßige Arbeit leisten.

Daß eine solche Beseitigung der verschiedenen gesetzlichen Begriffe, die keine wesentlich verschiedene rechtliche Behandlung zur Folge haben, dem Zug des Arbeitsvertragsrecht nach Typisierung entspricht, wurde schon oben erwähnt. — § 6 EAVG bestimmt:

Der Arbeitsvertrag unterliegt nur soweit freier Vereinbarung, als nicht unabdingbare Rechtsvorschriften entgegenstehen.

[1]) Fast wörtlich ebenso § 14 Abs. 1 des Öster. Bundesgesetz vom 11. 5. 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (AG) und ein tschech. Ministerialentwurf von 1923 betr. ein Gesetz über Angestellte in höheren Privatdiensten (cs. E. II AG), beide zitiert nach Lautner.

[2]) Absatz 2 entspricht im allgemeinen dem § 14 Abs. 2 AG, ist jedoch, wie in der Begründung bemerkt ist, im Gegensatz zum öster. Recht und auch zum tschech. Entwurf abdingbar. Neu ist dagegen im deutschen und tschech. Entwurf (§ 17 Abs. 1 Satz 2) gegenüber dem öster. Ges., daß der Angestellte die Abschrift einer Bilanz verlangen kann; der tschech. Entwurf gebraucht zwar nicht diesen Ausdruck, sondern verpflichtet den Arbeitgeber, dem Angestellten eine „Abrechnung zu geben", trifft aber damit dem Sinn nach die gleiche Bestimmung.

[3]) Ebenso § 17 Abs. 2 cs. E. II AG, während das öster. Recht zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung nimmt.

Der Inhalt des Arbeitsvertrags soll also entsprechend den Normierungsbestrebungen nur ausnahmsweise durch Vertragsschluß bestimmt werden, regelmäßig durch unabdingbare Rechtsvorschriften; seine Bestimmung soll der freien Übereinkunft der Parteien entzogen sein, sie soll von außen her erfolgen. Dies gilt aber nur für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, nicht für dessen Abschluß; dieser erfolgt immer noch in der Regel durch Vertragsschluß. - § 47 EAVG gibt eine Begriffsbestimmung des Entgelts als der Gesamtheit aller Vergütungen für die Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers; Entgelt soll an Stelle der bisher üblichen Bezeichnung „Vergütung" gebraucht werden, vgl. §§ 611, 612 BGB und 59 HGB. § 50 EAVG gibt endlich noch die Auslegungsvorschrift des § 59 HGB bezüglich der Höhe des Entgelts wieder; § 85 EAVG entspricht dem § 61 Ziff. 1 KO.

II. Bei einer Stellungnahme de lege ferenda ist davon auszugehen, daß es nicht als Aufgabe des Gesetzgebers angesehen werden kann, eine möglichst ins einzelne gehende Regelung der jeweils gerade auftauchenden Bedürfnisse vorzunehmen. Dies birgt die Gefahr kasuistischer Gesetzesbestimmungen in sich, wie sie das geltende Arbeitsvertragsrecht kennt, deren Anwendung oder Nichtanwendung im einzelnen Fall vielleicht leichter zu bestimmen sein mag, die aber in erster Linie geeignet sind, die allgemeinen Zusammenhänge der Gesetzesbestimmungen und die den Rechtssätzen zugrunde liegenden gemeinsamen Gedankengänge zu verdunkeln. Vielmehr muß es Ziel der Gesetzgebung sein, einen Rechtsgedanken von möglichst allgemeiner Bedeutung und Gültigkeit aufzustellen, um alsdann die Anwendung auf den praktischen Einzelfall der richterlichen Entscheidung zu überlassen. Daher ist es auch zu begrüßen, daß der Entwurf die im geltenden Recht verankerte, historisch begründete Unterscheidung der einzelnen Angestelltenkategorien fallen läßt[1]); eine solche würde dem Zug der modernen Rechtsentwicklung, die nach einer Vereinheitlichung der beruflichen Sonderrechte strebt, nicht mehr entsprechen. Ja es erheben sich in dieser Richtung noch zwei weitere Fragen, die schon Kreller angeschnitten hat[2]). Die Begründung zum EAVG[3]) gibt selbst zu, daß Vorstandsmitglieder juristischer Personen auf Grund ihrer „Anstellung" zweifelsfrei Arbeitnehmerstellung gegenüber diesen haben und sich auch praktisch kaum von andern „leitenden Angestellten" unterscheiden. Man vergleiche nur den Prokuristen einer großen Versicherungsgesellschaft etwa mit dem Direktor einer kleinen Aktiengesellschaft[4]), um feststellen zu können, daß ihr Vertragsverhältnis zu ihrem „Arbeitgeber" - ich betone ausdrücklich dieses Innenverhältnis - eigentlich keinerlei Anlaß zu einer verschiedenen rechtlichen Behandlung gibt. In beiden Fällen dürfte ein inhaltlich im Großen und Ganzen übereinstimmender Vertrag vorliegen. Aus diesem Grund unterwirft der Entwurf in § 4 Ziff. 1 diese Vorstandsmitglieder ausdrücklich seinen Bestimmungen:

> Soweit sich aus der Art des Verhältnisses nichts anderes ergibt, finden die Rechtssätze über die Arbeitnehmer Anwendung auf:
>
> 1. Vorstandsmitglieder und gesetzliche Vertreter von juristischen Personen und Personengesamtheiten des öffentlichen und privaten Rechts.
>
> 2. . . . . .

---

[1]) Siehe darüber oben § 1 der Arbeit am Ende, S. 13/14.
[2]) Kreller a. a. O. II S. 6ff, 9/10.
[3]) 28. Sonderheft des RABl, S. 14.
[4]) Vgl. auch das Beispiel bei Kreller II, S. 6 Anm. 8.

M. E. muß man aber mit Kreller ſogar ſo weit gehen, zu ſagen, daß im Vertragsrecht die Unterſcheidung nach der Perſon des Betriebsinhabers oder dem dienſtlichen Verhältnis zu andern Arbeitnehmern des Betriebs überhaupt nicht maßgebend ſein kann. Ein viel einfacheres und brauchbareres Unterſcheidungsmerkmal für die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Angeſtellten bietet die Abgrenzung nach der Gehaltshöhe, wie ſie im geltenden Recht ſich in den §§ 68, 75b HGB, 133a, b, Gew. O. und im Entwurf § 37 Nr. 7 findet. Demnach bedürfte es der Beſtimmung des § 4 Ziff. 1 EAVG gar nicht. Dagegen könnte die prozeſſuale Beſtimmung des § 3 AGG m. E. ruhig beſtehen bleiben. — Dies führt aber zu der weiteren Frage, ob es für das Vertragsrecht einer Unterteilung des Arbeitnehmerbegriffs überhaupt bedarf. Kreller legt meiner Anſicht nach überzeugend dar, daß der Angeſtellte eines umfangreichen Sondervertragsrechts gar nicht bedarf. Der Arbeitsvertrag hat eine immer typiſchere Ausgeſtaltung erfahren, die Unterſcheidung zwiſchen „Arbeitern" und „Angeſtellten" — das zeigt auch ein Vergleich des Inhalts der Tarifverträge — beſteht in erſter Linie in der Höhe der Arbeitsvergütung, der Art ihrer Bemeſſung, in den Arbeitsſchutzbeſtimmungen, dem Kündigungsrecht und der Frage der Überzeitarbeit. Man kann daher für die Ausgeſtaltung des Arbeitsvertragsrechts auf eine Begriffsbeſtimmung des Angeſtellten überhaupt verzichten und die ihm zukommende Sonderſtellung auf dem Gebiet der Betriebsvertretung, der Sozialverſicherung und des Arbeitsſchutzes regeln, wo eine Abgrenzung der einzelnen Arbeitnehmergruppen begründet erſcheint [1]). Die Beſtimmungen über Leiſtung der Vergütung und über Kündigung des Vertragsverhältniſſes laſſen ſich auch in allgemeiner Faſſung geben, wie ſchon die Beſtimmungen des geltenden Rechts § 621 f. BGB zeigen.

Neben dieſer allgemeinen Erörterung bedarf es aber noch eines Eingehens auf das Gebiet der Gewinnbeteiligung im beſonderen. Auch hier ſind die oben entwickelten Gedankengänge zu berückſichtigen. Zunächſt iſt zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine geſetzliche Einführung der Gewinnbeteiligung nicht doch geboten erſcheint. Hievon zu unterſcheiden iſt die weitere Überlegung, ob — für den Fall der Ablehnung der erſten Frage — über die Gewinnbeteiligung Beſtimmungen geſchaffen werden ſollen oder ob es bei der bisherigen Nichtregelung bleiben ſoll, und welcher Art evtl. dieſe Beſtimmungen am zweckmäßigſten ſind. Die erſte Frage iſt rein rechtspolitiſcher Natur, ihre Beantwortung hängt im weſentlichen davon ab, ob man glaubt, mit der obligatoriſchen Einführung der Gewinnbeteiligung eine im Zug der Zeit liegende Entwicklung fördern zu können oder ob die Gefahr beſteht, Beſtimmungen zu ſchaffen, die keine Ausſicht auf praktiſche Verwirklichung haben und daher totes Recht bleiben würden. Hier hat m. E. der Entwurf die richtige Bahn beſchritten, indem er mindeſtens vorläufig auf eine obligatoriſche Einführung verzichtet, da die Verhältniſſe noch zu ſehr im Fluß ſeien; die Auswirkung einer ſolchen Maßnahme ließe ſich beim heutigen Stand der Dinge noch keineswegs überblicken. Sie könnte möglicherweiſe das Gegenteil des gewünſchten Erfolgs herbeiführen. Ich konnte auch nirgends bei einer rechtsvergleichenden Nachforſchung das Beſtreben entdecken, die Gewinnbeteiligung, ſei es als individuelle unmittelbare im engeren Sinn, wie ſie dieſer Arbeit zu Grunde liegt, ſei es überhaupt in irgend welcher Form, durch geſetzlichen

[1]) So der Vorſchlag Krellers a. a. O. II, S. 9 ff.

Zwang einzuführen [1]). Überall wird ein derartiges Experiment abgelehnt [2]). M. E. bemerkt der Entwurf für das deutsche Recht ganz richtig, daß dieses bei gutem Willen genügend Möglichkeiten bietet zur freiwilligen Einführung [3]). Das französische Gesetz von 1917 [4]), das nicht einmal eine gesetzliche Einführung der Gewinnbeteiligung (zudem nicht einer solchen im Sinn dieser Arbeit) enthielt, mag in seiner Auswirkung abschreckend genug wirken [5]). Von einer obligatorischen Einführung der Gewinnbeteiligung in irgend welcher Form ist also zunächst abzusehen.

Eine andere Frage ist es, ob im kommenden Arbeitsvertragsrecht Bestimmungen über die Gewinnbeteiligung im Sinn dieser Arbeit aufgenommen werden sollen und welchen Charakter man den evtl. Vorschriften verleihen soll. Die Aufnahme von Bestimmungen im Gegensatz zum geltenden Recht ist unbedingt zu empfehlen; daß dessen Gründe für eine Nichtaufnahme nicht stichhaltig sind, wurde schon oben erwähnt [6]). Wichtig erscheint mir in erster Linie den Gedanken zum Ausdruck zu bringen, der auch die Beratungen des 32. Deutschen Juristentages beherrscht hat [7]), daß die Gewinnbeteiligung eine anderweitige Vergütung der Arbeitsleistung niemals ersetzen, sondern nur ergänzen soll und daher bei der Festsetzung der Vergütung außer Betracht zu lassen ist. Das erscheint mir um deswillen geboten, weil durch diese Art der Vergütung keinesfalls die wirtschaftliche Existenz des Angestellten derart in Frage gestellt werden darf, wie es im Fall einer reinen Entlohnung durch die Gewinnbeteiligung möglich wäre. Eine solche Möglichkeit muß m. E. von vornherein ausgeschaltet werden, um dem Institut Lebensfähigkeit und eine größere Basis für die Einführung zu sichern. Daher ist die Fassung des § 58 Abs. 1 EAVG abzulehnen; eine erste grundsätzliche Bestimmung müßte zwingend feststellen:

> Ist bedungen, daß das Entgelt in einem Anteil am Gewinn aus allen oder bestimmten Geschäften besteht oder der Gewinn in anderer Art für die Höhe des Entgelts maßgebend ist, so ist diese Vereinbarung nur gültig, wenn daneben auch fest bestimmtes Entgelt zugesagt ist.

Wäre danach eine Vereinbarung nichtig, so würde das den Arbeitsvertrag nicht weiter beeinflussen, da § 8 EAVG mit Recht eine Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB bringt. Dieser Vorschlag mag zwar als weitgehender Eingriff gelten, insbesondere, wenn man etwa den Fall des Provisionsreisenden für den Fall, daß dieser überhaupt in einem Arbeitsvertragsverhältnis im Sinn des EAVG steht heranzieht, doch ist ein wirtschaftlicher Ausgleich leicht durch entsprechende Bemessung der Höhe der Beteiligung möglich. Zudem scheinen mir die oben dargelegten Gründe

[1]) Vgl. dazu insbesondere die Arbeiten von Lautner über österr. und tschech., die von Greiner über schweiz. und franz. Recht. Nach Greiner S. 32 ff. wurde im Gegenteil die zum Teil gesetzlich eingeführte Gewinnbeteiligung wieder abgeschafft.

[2]) Als solches wird es empfunden. — Eine Ausnahme bildet das österr. Bundesgesetz über die gemeinwirtschaftlichen Unternehmungen vom 29. 7. 1919, das in seinen §§ 32 Abs. 2, 38 die obligatorische Vorschrift der Gewinnbeteiligung enthält. (Zit. nach Lautner S. 431). Über die praktischen Erfahrungen, die damit gemacht wurden, war mir kein Material zugänglich.

[3]) Begründung S. 18.

[4]) Des sociétés anonymes à participation ouvrière, loi du 26 avril 1917; vgl. Greiner, Anhang S. 96 ff.

[5]) Vgl. Greiner S. 40 ff., S. 94 f.

[6]) § 51 der Arbeit, oben S. 27/28.

[7]) Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentags S. 298 ff, 8. Leitsatz.

von so großer Wichtigkeit, um selbst das äußerste Mittel einer zwingenden Gesetzesbestimmung zu rechtfertigen. Im übrigen ist jedoch davon auszugehen, daß solche Vorschriften nur da Berechtigung haben, wo es sich um die unbedingte Wahrung irgend welcher vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehener Interessen handelt. In allen andern Fällen kann sich der Gesetzgeber damit begnügen, nachgiebiges Recht zu schaffen oder sich überhaupt auf Auslegungsregeln zu beschränken. — Entsprechend den beiden oben dargestellten großen Problemgruppen der Berechnung und der Sicherung des Anteils[1] hat der Entwurf denn auch noch einige weitere Bestimmungen aufgenommen. Es handelt sich zunächst darum, ob die Berechnungsvorschrift des § 58 Abs. 1 Satz 1 EAVG zweckmäßig ist und beibehalten werden soll[2]). Kreller weist auf die nahe Verwandtschaft mit den Gewinnbeteiligungsrechten anderer Personen (Vorstand oder Aufsichtsrat einer AG oder auch stiller Gesellschafter) hin und lehnt einen sonderrechtlichen Eingriff ab. Er begründet diese Ansicht weiterhin hauptsächlich mit dem Bestehen einer klaren kaufmännischen Verkehrssitte und der Tatsache, daß dispositive Normen, wie sie im Entwurf vorgesehen sind, höchstens für die Frage der Beweislast praktische Bedeutung haben. Tatsächlich erscheint eine derartige Bestimmung überflüssig. Begrifflich schließt die Gewinnbeteiligung die Berechnung des Gewinns nach Ablauf bestimmter Zeiträume in sich, da der Anteil ja Vergütung für die in einem solchen Zeitraum geleisteten Dienste sein soll; dieser muß aber nicht zwangsläufig gerade das Geschäftsjahr sein, wenn sich dieses auch als üblicher Zeitraum eingebürgert hat. Und zudem ist in manchen Fällen eine Berechnung auf Grund kaufmännischer Bilanz gar nicht möglich, man nehme denn anders an, etwa der Minderkaufmann werde durch die Gewinnbeteiligung eines Angestellten infolge dieser Vorschrift zur Bilanzziehung verpflichtet. Wie das Geschäftsjahr, so ist auch die dafür errichtete Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung für die Berechnung üblich, ohne daß es zwingend so sein müßte. Man wird schon heute beim Fehlen einer solchen gesetzlichen Auslegungsregel deren Inhalt ohne jede Bedenken als Parteiwillen annehmen, wenn es an einer Vereinbarung fehlt. — Dagegen würde ich auf eine Vorschrift über die Kontrollrechte nicht vollständig verzichten[3]), obwohl eine zwingende Regelung nicht in Frage kommt, da sich sehr oft das Bedürfnis ergibt, eine derartige Vorschrift durch vertragliche Vereinbarung ausschließen zu können und in manchen Fällen für den Arbeitnehmer wirtschaftlich damit auch keine allzugroße Gefahr verbunden ist. Die Bestimmung müßte allerdings mit Rücksicht auf die obigen Erwägungen etwas allgemeiner lauten:

> Der Arbeitnehmer kann eine Abschrift der der Berechnung zugrunde liegenden Aufstellung und die zur Prüfung der Abrechnung nötige Einsicht in die Bücher verlangen. Hiebei kann er sich eines von ihm zu bestimmenden beeidigten Bücherfachverständigen bedienen.

Gegen diesen zweiten Satz bestehen m. E. keinerlei Bedenken, er entspricht sogar einem praktischen Bedürfnis in vielen Fällen. Dagegen ist es nicht erforderlich, zu erwähnen, daß der Gewinnbeteiligte eine Berechnung, die der Arbeitgeber grob willkürlich offenkundig unbillig oder gar in Schikane- oder Benachteiligungsabsicht angefertigt hat, nicht gegen

[1]) Vgl. oben § 5 II, S. 28 ff. und § 6 insbesondere I—III, S. 43 ff.
[2]) Dagegen Kreller a. a. O. V, S. 21, offenbar auch Lautner S. 452.
[3]) So Kreller a. a. O., Lautner a. a. O. und die dort älteste Regierungsvorlage eines öst. HGB. 19.

ſich gelten zu laſſen braucht. Dies folgt aus allgemeinen Grundſätzen, da in einer ſolchen Handlungsweiſe des Arbeitgebers eine poſitive Vertragsverletzung von ſeiner Seite vorliegt; auf Grund des Vertrags iſt er zur Bezahlung des Gewinnanteils und damit auch zu deſſen richtiger Berechnung verpflichtet. — Die Aufrechterhaltung des § 59 Abſ. 1, Satz 1 EAVG erſcheint begründet und durch den Charakter des Gewinnanteils als Vergütung für Dienſtleiſtungen bedingt[1]). § 59 Abſ. 1, Satz 2 EAVG iſt mit Kreller für entbehrlich zu halten, da einem ſolchen Verfahren, wie es dort ausdrücklich durch geſetzliche Beſtimmung ausgeſchloſſen werden ſoll, ohne weiteres eine Auslegung des Vertrags nach Treu und Glauben entgegenſtände[2]). Dagegen iſt die Beibehaltung des Abſatzes 2 dieſes Paragraphen wieder geboten, da es unbillig wäre, den gewinnbeteiligten Vorſtand allein unter die Sonderbeſtimmung des § 237 HGB zu ſtellen. Eine ſolche Regelung entſpricht der bisherigen Übung und es bedarf bei Aufnahme der Vorſchrift nicht mehr der analogen Heranziehung des § 237 HGB, die immerhin bei dem ſingulären Charakter der Vorſchrift zweifelhaft ſein kann[3]). Statt des Ausdrucks „Vereine und ſonſtige Körperſchaften" empfiehlt ſich allerdings „juriſtiſche Perſonen" zu ſetzen, um damit auch Anſtalten treffen zu können[4]). § 60 EAVG iſt aus Zweckmäßigkeitsgründen im Intereſſe einer größeren Rechtsſicherheit beizubehalten.

Dagegen bedarf es nach meinem Dafürhalten einer weitergehenden geſetzlichen Regelung der Gewinnbeteiligung nicht. Iſt dieſe, wie es heute noch vielfach der Fall iſt, übertarifliche Vergütung eines einzelnen Angeſtellten, ſo genügen beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen dieſe Auslegungsregeln, um zu einem gerechten und meiſt auch zu dem von den Parteien gewollten Ergebnis zu kommen. Wird dagegen die Gewinnbeteiligung den Arbeitnehmern eines Unternehmens allgemein gewährt, wie es wünſchenswert erſcheint und einem ſozialen Bedürfnis entſpricht, ſo geſchieht dies im allgemeinen durch Betriebsvereinbarung. Dieſe bietet alsdann Gelegenheit zu ausführlicher Regelung, ſofern eine ſolche für erforderlich gehalten wird. Von Seiten des Geſetzgebers iſt mit den vorgeſchlagenen Beſtimmungen alles unbedingt Erforderliche in möglichſt wenig beengender Weiſe geregelt, ohne einer weiteren Entwicklung vorzugreifen oder hemmend in den Weg zu treten.

---

[1]) Kreller a. a. O. V, S. 22.

[2]) So auch Lautner S. 432/433, der aber den geſamten Paragraphen m. E. mit nicht ſtichhaltiger Begründung für überflüſſig hält.

[3]) Ich habe mich oben § 5 II der Arbeit, S. 34/35, allerdings auf den entgegengeſetzten Standpunkt geſtellt, den ich für richtig halte.

[4]) Ebenſo Kreller a. a. O. V, S. 22, § 2. Es wurde in der Abhandlung ſchon immer auf dieſe allgemeine Faſſung abgeſtellt.

Lebenslauf.

Ich bin am 12. Dezember 1903 in Hall als Sohn des 1927 verſtorbenen nachmaligen Profeſſors am Karls-Gymnasium in Stuttgart, Hermann Haug, und seiner Frau Agnes, geb. Chur, geboren. Vom Frühjahr 1910 ab beſuchte ich die dortige Elementarſchule. Seit der Verſetzung meines Vaters nach Stuttgart im Herbſt 1912 beſuchte ich das Karls-Gymnaſium, an dem ich im Frühjahr 1922 die Reifeprüfung ablegte.

Nach zweijähriger kaufmänniſcher Lehrzeit wandte ich mich entſprechend meinen urſprünglichen Abſichten im Sommerſemeſter 1924 dem Studium der Rechts- und Staatswiſſenſchaften zu. Die vier erſten Semeſter verbrachte ich in Tübingen. Im Sommerſemeſter 1926 wandte ich mich nach Kiel, im darauffolgenden Winterſemeſter an die Friedrich-Wilhelms-Univerſität in Berlin. Nach weiterem zweiſemeſtrigen Studium in Tübingen legte ich im Herbſt 1928 die erſte höhere Juſtizdienſtprüfung ab. Durch Entſchließung des Württembergiſchen Juſtizminiſteriums vom 27. November 1928 wurde ich zum Referendar beſtellt. Am 10. Dezember 1928 trat ich den Vorbereitungsdienſt beim Amtsgericht Stuttgart I an. In der Folge war ich im württembergiſchen Verwaltungsdienſt dem Oberamt Rottenburg, im weiteren Verlauf des Vorbereitungsdienſtes dem Bezirksnotariat und dem Arbeitsgericht sowie dem Landgericht Stuttgart zugeteilt und befinde mich zur Zeit bei der Staatsanwaltſchaft an dieſem Gericht.

Druck von
RUTHARDT & WÖRNER
Stuttgart, Tübingerstraße 85